

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

Protección al cónyuge débil en el divorcio

Isabel Jaramillo Lalama

Doctor Farith Simon Campaña, Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada

Quito, Enero de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO

Protección al cónyuge débil en el divorcio

ALUMNA

Isabel Jaramillo Lalama

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Los cambios sociales, culturales y constitucionales plantean retos significativos al derecho en general, y en particular a aquellas áreas en las que se ha dado un influencia significativa de creencias religiosas en su ordenación. El divorcio en su regulación actual está lleno de trabas, muchas de las que se mantienen en nombre de la protección a los más débiles, generando dificultades a las personas, provocando una profundización de la crisis familiar y, en la mayor parte de los casos, desprotegiendo aún más a los que requieren de protección.

Analizar los posibles cambios de estas regulaciones, estudiando las soluciones que se han dado en otros países, es de gran importancia.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis propuesta por la Isabel es muy relevante, ya que estudia el impacto del divorcio por causales en la protección de los más débiles en la relación matrimonial y la inutilidad del sistema ecuatoriano actual para tal propósito. Esto a diferencia del sistema de divorcio sin causa que ha desarrollado respuestas específicas sin dificultar el divorcio.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

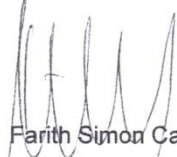
El material usado es suficiente y pertinente para su tesina. Hay gran trabajo en el derecho comparado, especialmente en el Español, así como una extensiva revisión de

TB

doctrina de ese país, lo que contrasta con la limitación y pobreza de la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana, limitación que Isabel ha tratado de superar con un intensa investigación. Esa carencia es atribuible a la pobreza de la producción teórica nacional en esta materia.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La tesina esta muy bien trabajada, coloca todos los temas de manera correcta, desde el estudio de la evolución histórica, hasta el manejo del derecho comparado, esta dirigido a demostrar como ha evolucionado la protección de la parte débil en el divorcio. Debo decir, sin duda, que es un muy buen trabajo de tesina.



Farith Simon Campaña

23/11/2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

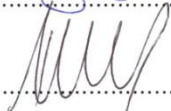
“Protección al cónyuge débil en el divorcio”

Isabel Jaramillo Lalama


Ab. Daniela Salazar
Delegada del Dr. Luis Parraguez


.....

Dr. Farith Simon
Director de Tesis


.....

Dr. Dunker Morales
Delegado del Decano e Informante


.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

x


.....

Quito, 24 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: Isabel Jaramillo

Nombre: Isabel Jaramillo Lalama

C. I.: 1711868107

Fecha: 24/01/2013

A mi papá por su tenacidad y empeño en

querer que sea mejor todos los días.

A mi mamá por su dulzura y apoyo.

A mi abuela por su prudencia y comprensión.

A mi sobrina María Belén, por tantas alegrías brindadas.

A Daniel por su incondicionalidad y amor.

*Mi gran agradecimiento a Farith Simon,
por su paciencia, apoyo y tiempo.
Y por todo el aprendizaje y cariño
en todos estos años de carrera.*

*Agradezco a Luis Parraguez por facilitarme
el material necesario para la realización de este trabajo.
Y por todo el aprendizaje alcanzado.*

*Agradezco a mis padres, por su
apoyo incondicional.*

RESUMEN

En nuestro país, se maneja un sistema de divorcio-sanción, el cual concentra su importancia en la culpabilidad que puede tener uno de los cónyuges respecto del otro, al haberse acomodado a una o más causales estipuladas en nuestro Código Civil. Ello a diferencia del sistema de divorcio-remedio que maneja España, respecto del cual se ha hecho una comparación a lo largo de la tesina. Realizada con la finalidad de rescatar los aspectos aplicables a nuestro sistema y encontrar la solución al problema de la desprotección al cónyuge débil económicamente en el divorcio, que debido al elemento de culpabilidad tan fuertemente arraigado en nuestra legislación civil, se obstaculiza.

Los tres primeros capítulos, hacen una comparación con el sistema Español. El primero de ellos, describe la evolución histórica y los cambios legislativos que ha tenido la institución de divorcio a lo largo del tiempo, con el fin de una mayor comprensión del desarrollo de cada una de las legislaciones y su aplicación en el presente. El segundo capítulo, expone el sistema de divorcio que se maneja actualmente, lo cual busca mostrar de manera práctica las diferencias entre el sistema de divorcio-sanción utilizado en el Ecuador, versus el de divorcio-remedio de España. El tercer capítulo, se concentra en analizar los efectos prácticos que existen en ambas legislaciones, específicamente en cuanto a la protección del cónyuge débil económicamente en el divorcio, igualmente a través de la comparación.

Por último, el cuarto capítulo se enfoca en recopilar los aspectos rescatables y compatibles, no sólo de la legislación española, la cual fue considerada con mayor énfasis, sino también de otros sistemas analizados, resolviendo el problema jurídico planteado, es decir, la desprotección al cónyuge débil económicamente en el divorcio, por la importancia que se le da a la culpabilidad en nuestro sistema.

ABSTRACT

Unlike the “remedy-divorce” system operated by Spain, in Ecuador, the “sanction-divorce” system is the one that operates, which focuses its importance in the culpability of one spouse regarding the other one, by being adjusted to one or more grounds stipulated in the Ecuadorian Civil Code; reason to compare both systems in the present thesis, rescuing the applicable aspects to our system and finding a solution to the legal issue, the economically weaker spouse lack of protection in the Ecuadorian divorce system, which it’s impeded by the culpability element that is deeply rooted to it’s civil law.

The first three chapters compare Ecuadorian and Spanish systems. The first one describes the historic evolution and the legislative changes that the divorce institution has passed through, to understand in a global way, the development of each of the legislations and it’s application in the present. The second chapter exposes the current divorce system in both legislations, which intends to show from an empirical way the differences between the “sanction-divorce” used in Ecuador, versus the “remedy-divorce” from Spain. The third chapter analyzes the practical effects from both legislations, specifically regarding to the economically weaker spouse protection in the divorce, likewise comparing the differences between each system.

Finally, the fourth chapter focuses in compiling the redeemable and compatible aspects, not only from the Spanish legislation, but from other systems analyzed, solving the legal issue, meaning, the economically weaker spouse lack of protection in the Ecuadorian divorce system, due to the importance of the culpability in it.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I: Evolución histórica y cambios legislativos frente a la institución del divorcio: Comparación del Sistema Ecuatoriano con el Español	4
1.1. Ecuador	4
1.1.1. Transición post-colonial: Hasta 1860 – Promulgación del Primer Código Civil..	4
1.1.2. Etapa eclesiástica: De 1860 hasta 1902.....	6
1.1.3. Revolución Liberal: De 1902 hasta 1960	8
1.1.4. Estatalidad con influencia de la Iglesia: De 1960 hasta 1979.....	14
1.1.5. Secularización: De 1979 hasta 2005 (última codificación)	15
1.2. España	17
1.2.1. Etapa eclesiástica: 1870-1931.....	18
1.2.2. La Segunda República: 1931-1939	20
1.2.3. El Franquismo: 1939-1981	22
1.2.4. Causales: 1981-2005	26
1.2.5. Sin causa: 2005 - hasta la actualidad.....	29
1.3. Concepciones del divorcio.....	31
1.3.1. Concepción conservadora: Divorcio sanción	32
1.3.2. Concepción liberal: Divorcio remedio.....	33
2. CAPÍTULO II: Sistemas de divorcio:Comparación del Sistema Ecuatoriano con el Español.....	36
2.1. Ecuador	36
2.1.1. Por mutuo consentimiento	38
2.1.2. Divorcio por causales o también llamado contencioso	39
2.1.2.1. El adulterio de uno de los cónyuges.....	41
2.1.2.2. Sevicia	44
2.1.2.3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial	46
2.1.2.4. Amenazas graves de un cónyuge hacia la vida del otro	49
2.1.2.5. Tentativa contra la vida del otro cónyuge: autor o cómplice.....	50

2.1.2.6.	Falta de paternidad de hijo concebido durante el matrimonio o también llamado <i>alumbramiento</i>	52
2.1.2.7.	Actos con el fin de corromper al cónyuge o los hijos	53
2.1.2.8.	Enfermedad grave: incurable y contagiosa o transmisible de uno de los cónyuges hacia la prole	55
2.1.2.9.	El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano.....	56
2.1.2.10.	Condena ejecutoriada a reclusión mayor de uno de los cónyuges.....	57
2.1.2.11.	Abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.	59
	Si el abandono dura más de tres años, el divorcio puede ser demandado por cualquiera de los cónyuges.....	59
2.2.	España: Sin causa	64
3.	CAPÍTULO III: Protección al cónyuge: Comparación del Sistema Ecuatoriano con el Español.....	78
3.1.	Ecuador	78
3.1.1.	Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos	81
3.1.1.1.	Resolución de la situación económica de los hijos	82
3.1.1.2.	Patria potestad, estancia y cuidado	84
3.1.2.	Efectos jurídicos del divorcio respecto de los cónyuges	89
3.1.2.1.	Derecho sobre la quinta parte de los bienes del cónyuge	90
3.1.2.2.	Revocación de donaciones	94
3.1.2.3.	Atribución del derecho de uso y habitación	95
3.1.2.4.	Bienes excluidos de la liquidación de la sociedad conyugal	98
3.2.	España	99
3.2.1.	Convenio regulador vs medidas adoptadas judicialmente.....	100
3.2.1.1.	Medidas respecto a los hijos: patria potestad, visitas, comunicación y estancia	102
3.2.1.2.	Atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar	104
3.2.1.3.	Contribución a las cargas del matrimonio, gastos de mantenimiento de los hijos y alimentos: bases de actualización y garantías	106
3.2.2.	Pensión compensatoria	109
3.2.2.1.	Circunstancias determinantes.....	114

3.2.2.2.	Posible modificación posterior al convenio regulador	116
3.2.2.3.	Naturaleza jurídica de la pensión compensatoria	119
3.2.2.4.	Modalidades de pensión recogidas en la ley 15/2005	124
3.2.2.4.1.	Pensión temporal	125
3.2.2.4.2.	Pensión por tiempo indefinido	128
3.2.2.4.3.	Prestación única	130
3.2.2.5.	Finalidad, fundamento y fuente originadora	131
3.2.2.6.	Sustitución de la pensión compensatoria.....	135
3.2.2.6.1.	Constitución de una renta vitalicia	137
3.2.2.6.2.	Constitución de un usufructo sobre determinados bienes.....	138
3.2.2.6.3.	Entrega de capital en bienes o en dinero	138
3.2.2.7.	Renuncia al derecho de la pensión compensatoria	140
3.2.2.8.	Extinción de la pensión compensatoria	143
4.	Recomendaciones a ser aplicadas en nuestra legislación	146
4.1.	Mayores y mejores medidas de protección económica hacia el cónyuge débil desde el sistema anticausalista al causalista.....	146
4.2.	Practicidad de la propuesta de protección al cónyuge débil en el sistema de divorcio ecuatoriano actual	163
5.	CONCLUSIONES.....	166
	Bibliografía:	169

INTRODUCCIÓN

Dentro del Derecho de Familia se ven instituciones que han tenido enormes cambios a lo largo de la historia, siempre adaptándose a las necesidades y circunstancias del momento y de las personas. Sin embargo, el carácter formal de esta rama del Derecho se sigue presentando hasta la actualidad, más estrecho que con cualquier otra rama de Derecho Privado. No sólo es el aspecto formal el que caracteriza las instituciones familiares, sino también el aspecto tradicional o clásico, que si bien se han permitido muchísimos cambios, la inclusión de otros de ellos, se ha vuelto altamente impedida. Ello a pesar de que incluso la Constitución del año 2008, ya no reconoce una protección al matrimonio como tal, sino únicamente a la familia.

Como parte de las instituciones mencionadas en el párrafo anterior, se encuentra el divorcio, el cual en el transcurso del tiempo, ha tenido muchísimos problemas para poder ser admitido tanto dentro de la sociedad como dentro de la legislación como una institución válida y justa. Y aún cuando finalmente ha sido aceptado, tomando en cuenta lo indispensable que resultaba en ciertas relaciones de familia y únicamente en determinadas situaciones a ser establecidas en la Ley, igual se han presentado restricciones y, no se ha permitido que la mera voluntad sea ampliamente considerada como una razón para que dos cónyuges se divorcien. Apartándose así, de la protección de los derechos de libertad como el de la intimidad personal y familiar, en conjunto con el derecho de libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en nuestra Carta Magna.

Es importante mencionar que existen hogares en donde mayor daño causa su unión que su separación, los cuales constituyen son ejemplos en donde la institución del matrimonio muestra su excepción en cuanto al objetivo religioso de que se mantenga hasta la muerte de cualquiera de los dos involucrados en él. Pues es el mismo amparo hacia los miembros de la familia es el que nos conduce a que se tomen este tipo de medidas. No solamente en el ámbito espiritual, sino también en el económico y no va

dirigido solamente al cónyuge sino también a los hijos, pues la protección está dirigida a la familia en general.

El elemento de la culpabilidad, ha sido y es parte de la legislación civil, protegiendo los ideales de la Iglesia, escondidos a través de la supuesta protección a la familia; sin embargo, el considerar a uno de los cónyuges culpable frente al otro, da paso a que el proceso de ruptura de vínculo sea más largo y tedioso, tomando en cuenta también, las dificultades probatorias que nuestro sistema impone, sobre lo cual me adentraré a lo largo de este trabajo, lo cual en realidad, afecta directamente a la familia, en lugar de protegerla.

En adición, este elemento, como será demostrado más adelante, repercute directamente sobre los efectos del divorcio, dejando desprotegidos a los cónyuges considerados *culpables* en nuestra legislación, a pesar de carecer de los recursos para su congrua sustentación, esta es una de las razones por las cuales se ha hecho una comparación con el sistema Español (y con otros sistemas más), pues en éste, al ser manejado el sistema de divorcio-remedio, trae a colación el divorcio sin causa, que deja de buscar un cónyuge culpable para enfocarse en la protección económica del cónyuge débil, con lo cual se logra mayor acercamiento al bienestar y a la estabilidad no solo de los ex consortes, sino de la familia en general, pues además el proceso se facilita. Desde allí parte lo que se propone en esta tesina, como reforma legislativa en el Ecuador, la imposición del sistema remedio, en reemplazo del de sanción.

Si bien, como una de las razones para que no pueda aplicarse el sistema de divorcio sin causa en nuestro país, es que según los legisladores, podría dejarse en desprotección al cónyuge con menores recursos económicos; no obstante, y con el fin de que ello no ocurra, legislaciones como España, han implementado figuras de compensación económica, como la pensión compensatoria, con el único fin de resguardar al cónyuge indefenso en el ámbito económico. Esta figura entraría también como parte de la reforma, al ser el aspecto central de esta tesina, la cual se analizará con profundidad en todos sus ámbitos, con el fin de entender su posible aplicación en nuestro país.

Estas recomendaciones serán analizadas oportunamente, verificando su compatibilidad y aplicación en el sistema Ecuatoriano, considerando los aspectos constitucionales, legales (incluyendo los probatorios) y sociales, para una efectiva ejecución en el futuro, de las mismas.

1. CAPÍTULO I: Evolución histórica y cambios legislativos frente a la institución del divorcio: Comparación del Sistema Ecuatoriano con el Español

1.1. Ecuador

La concepción del divorcio ha evolucionado de una manera progresista. Desde su nacimiento hasta la actualidad, ha ido adaptándose siempre a la mentalidad de la época y a las exigencias y necesidades que la sociedad le ha impuesto; tal y como sucede con la legislación en cualquier ámbito del Derecho. Para ello, se necesita de la adaptación de la normativa que la rija, cediendo ante los cambios globales que surgen día tras día.

Se debe apoyar el avance que puedan alcanzar en conjunto los hechos y el Derecho, caso contrario, pueden devenir en sistemas jurídicos ineficaces y atemporales. Afortunadamente no es nuestro caso, pues nuestro sistema no se ha dejado influenciar enteramente por agentes religiosos, quienes muchas veces han impedido la evolución del Derecho Civil. Hemos conseguido los cambios normativos poco a poco, y se ha buscado esa independencia y adaptación a la realidad del momento.

Lo importante de este análisis, será ver al pasado, no solamente desde el punto de vista normativo, sino incluso histórico, para poder tener una visión más amplia de las circunstancias propias de cada época. Considero importante analizar los antecedentes dentro de este tema específicamente, desde ambos puntos de vista, pues tienen el mismo nivel de trascendencia y, además, son complementarios. El histórico abarca aspectos sociales, económicos, políticos y demás; y, el jurídico recoge todos estos aspectos e intenta plasmarlos en reglas a ser seguidas por la sociedad en general.

1.1.1. Transición post-colonial: Hasta 1860 – Promulgación del Primer Código Civil

En la presente época, nuestro país tenía todavía alta influencia del Derecho Castellano y de las Partidas;¹ por lo que la influencia religiosa a la época, era absoluta. En el sistema preponderaban las ideas del “justo precio” y, si bien se decía que

¹ A. Wray, et al. *El menor ante la Ley*. Serie “Estudios Jurídicos”, Volumen 6. Quito: Corporación Editora Nacional, 1991. p. 20.

teníamos un derecho liberal, en realidad lo que reinaba todavía era la estratificación social y las reglas impuestas por la Iglesia, que no permitían que exista igualdad tanto entre los distintos estratos, como en cuanto a los hijos legítimos versus los ilegítimos, manteniendo la protección a la unidad y patrimonio familiar.²

Partiendo de que para los cónyuges, “el tercer bien del sacramento es que nunca se deben separar en su vida, y pues que Dios los ayuntó, no es derecho que hombre los separe.”³ Sólo se aceptaban dos maneras para hacerlo, la primera, era la muerte de uno de los cónyuges. Sin embargo, también se estipuló el: “Departimiento de los Casamientos”, pues el divorcio, proveniente del latín *divortium*, era llamado “departimiento”, el cual significa la separación entre hombre y mujer por impedimentos debidamente probados en juicio.⁴

Existían dos tipos de departimiento. El primero, instituido para que separe el matrimonio consumado,⁵ en donde haya disolución efectiva del vínculo matrimonial; teniendo como única causa la religión. Es decir, por el hecho de que uno de los dos cónyuges entre a la orden sacerdotal, con la debida autorización del obispo o los prelados.

Y el segundo, es en esencia lo que en la actualidad se conoce como separación. Éste se daba solamente en cuanto a la cohabitación, es decir que los cónyuges ya no compartían el mismo techo, pero mantenían aún el vínculo matrimonial. Era ocasionado cuando se cometía adulterio, pero solamente si era realizado por la mujer; lo cual resulta peculiar, tomando en consideración que como precepto canónico se establece que ambos cónyuges (y no sólo el varón) deben guardarse lealtad, entendida en nuestro tiempo como fidelidad.⁶

El autor Sala, habla de que existían además de esta última, otras causas para que se dé el divorcio, tales como la sevicia y otras que lamentablemente no menciona

² VII Partidas. Cuarta Partida, Título II, Ley 8.

³ *Id.*, Ley 3.

⁴ *Id.*, Título X, Ley 1.

⁵ Sala. *Instituciones del Derecho Civil Español*. 2do Tomo. Guayaquil, 1854. p. 25. El significado de “consumado”, se refiere a que se haya dado el primer encuentro sexual entre una pareja.

⁶ VII Partidas. Cuarta Partida, Título X, Ley 2.

claramente. Sin embargo, cabe recalcar que lo más importante en este tipo de divorcio, era que los cónyuges mantendrían aparentemente la unión familiar al vivir en la misma casa, pero no podían eliminar el lazo que los unía frente a la sociedad, como una manera de respeto teórico, mas no práctico, a la sagrada institución civil del matrimonio.⁷

1.1.2. Etapa eclesiástica: De 1860 hasta 1902

La concepción que se tenía hacia la familia, estaba influenciada por la religión católica, la que la considera el núcleo de la sociedad, por lo que existía bastante proteccionismo y rigurosidad, en el sentido en el que se consideraba de suma importancia, el precautelar por los intereses de quienes la conforman.

Siguiendo este fin proteccionista, se presentó una concepción estricta en cuanto a hacer cumplir las obligaciones que conlleva el compromiso familiar, como por ejemplo en cuanto a la procreación, manutención y educación de la prole, a la ayuda mutua y a la cohabitación entre los cónyuges, etc. Pues en el caso de que éstas no se cumplieran, serían consideradas como infracciones a la ley.

En todo caso, tanto en la separación como en el divorcio, se aceptaba el incumplimiento de algunas de estas obligaciones. La primera permitía un distanciamiento temporal de los cónyuges, y aunque debían mantenerse fieles entre ellos, no estaban obligados a vivir bajo un mismo techo. Por el contrario, bajo el divorcio, al existir una ruptura total del vínculo matrimonial, implicaba también la extinción de todas las obligaciones contraídas, dándoles a los cónyuges la opción de estar libres de vínculo alguno y de poder contraer uno nuevo con alguien más.⁸

En tiempos pasados, la institución del matrimonio era considerada como sagrada y por ello se decía que a través del divorcio, se incentivaba a la inmoralidad y al irrespeto de la sociedad, lo cual en teoría se veía reflejado, en el desmedre que ésta había sufrido en el transcurso del tiempo. Siguiendo esta línea, Tobar Donoso, critica duramente al divorcio. Mencionó la ponderación del bienestar de la sociedad, por sobre el derecho

⁷ Sala. *Instituciones del Derecho Civil Español*. p. 25. *Óp. Cit.*

⁸ J. Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador Tomo II: Derecho Matrimonial*. Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998. p. 147.

individual de cada persona en su búsqueda a la felicidad.⁹ Esto indicaba que una persona debía mantenerse unida a su pareja, independientemente de si estaba feliz o no, pues al separarse de ésta, causaba estragos directos en la sociedad.

Coincidiendo, Pío XI, en una obra de su autoría¹⁰, reitera que la libertad de casarse o en su caso, de divorciarse, estaba limitada al orden colectivo y no al de los esposos, pues según el pensamiento religioso, afectaba a la colectividad en general y en especial, a los cimientos sobre los cuales ésta se construía, restándole así importancia, a la voluntad de los esposos a casarse o a contraer una familia.¹¹

También afirmaba que el fin primordial de la unión entre un hombre y una mujer, es “la continuación de la especie según el plan divino [...] [y] el fin secundario es el auxilio mutuo de los esposos, la consecución de su felicidad, fin subordinado a aquel, por ser de menor importancia social y moral”.¹² La Iglesia ponía por sobre el bienestar de los esposos, la creación de descendencia, pues pensaban que de esta manera, se podría mantener a la vista, que la familia se mantenía vigorosa y saludable en todos los aspectos, aunque no necesariamente así lo estuviera.

Se decía además que al permitir la existencia de esta institución, se estaría yendo en contra del Derecho Natural, pues el que los cónyuges se mantengan juntos para siempre, era dictado por las leyes divinas. No obstante, para llegar a conclusiones en este sentido, no se tomaba en cuenta el verdadero pensamiento de las personas, pues muchas veces éstas se encontraban reprimidas por la misma Iglesia, atemorizadas por la creencia de que en el futuro no podrían entrar en el mundo de los cielos, si es que llegaran a pensar que el divorcio es una institución válida, o aun peor si llegaran a ejecutarlo.

⁹ J. Tobar Donoso. *Estudios religiosos*. Quito: Editorial Ecuatoriana, 1944. p. 82.

¹⁰ Pío XI. *Carta Encíclica Casti Connubii del Papa Pio XI sobre el Matrimonio Cristiano*. http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_31121930_casti-connubi_i_sp.html. (acceso: 30/08/2011).

¹¹ J. Tobar Donoso. *Estudios religiosos*. pp. 89-91. *Óp. Cit.*

¹² *Id.* p.96.

Asimismo, tomando en cuenta que el matrimonio fue concebido como una institución a ser celebrada una sola vez en la vida de una persona, el que exista una causal distinta de la muerte, la que provoque su separación, era considerada como inaceptable. Por lo que si cualquiera de los dos ex cónyuges se vinculaba con otra persona, estaría cometiendo adulterio. Estas creencias pertenecientes a la época, afortunadamente han ido tomando otra dirección hasta el presente, deslindándose del pensamiento religioso e intentando ser más realistas y objetivos.

Cabe mencionar que nuestro país ha tenido una alta influencia del Código Civil chileno, promulgado por el legislador Andrés Bello, y es por ello que tenemos muy parecidos preceptos e instituciones, a ser aplicados en los procedimientos jurisdiccionales.

El Primer Código Civil Ecuatoriano, expedido por Decreto Supremo del Gobierno Provisorio el 29 de noviembre de 1859, y mandando a imprimir por el gobierno en la Imprenta de los Huérfanos de Valencia, impresor M.R. Jiménez, primera edición de 3 de diciembre 1860, que comenzó a regir desde el 1º de Enero de 1861[...].¹³

Fue el primero de la República del Ecuador, una vez constituida como tal. En éste se estipularon las reglas de acción en cuanto a las relaciones privadas. Se habló del matrimonio como un contrato solemne, y a pesar de ya encontrarse en este código, irónicamente aún no se reconoce aún su carácter civil. Sus autoridades eran meramente eclesiásticas y los impedimentos civiles para contraer matrimonio, eran únicamente los señalados por la misma Iglesia; reglas que regían especialmente para las personas católicas. Por otro lado, se seguía hablando de una sola forma de disolución del vínculo conyugal, la muerte.¹⁴

1.1.3. Revolución Liberal: De 1902 hasta 1960

En esta época cabe mencionar que el poder estatal se consolidó y se logró más coherencia y compilación de las normas civiles, sobre todo en el ámbito privado; pero

¹³Plaza de García, Norma. *La Patria Potestad y su Evolución en el Sistema Civil Ecuatoriano*. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=63. (acceso: 20/11/2012)

¹⁴ Código Civil del Ecuador 1860. Libro I. Título IV. Publicado el 3 de diciembre de 1860. Registro Auténtico #1860. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 352 de 20 de Junio de 1930.

en realidad hasta la Revolución Liberal, no se notaron mayores ni grandiosos cambios conceptuales. Se mantenía firmemente la idea de que la Iglesia y el Estado deben ir de la mano, para combatir cualquier tipo de problema social,¹⁵ afianzándose en el catolicismo generalizado de la sociedad y en el poder político del mismo Estado.

Producto de esta necesidad, en 1895 surge la famosa Revolución Liberal, en donde se logran cambios importantísimos en la historia ecuatoriana, como la secularización formalmente aceptada, con instituciones civiles alejadas del gran poder que tenía hasta entonces la Iglesia católica. Fue difícil debido a que existían dos ideologías contrapuestas, la del conservadurismo, liderado por la oligarquía, y por el otro lado, la clase obrera y liberal.

El primer gran cambio que impulsó al resto de ellos, fue la creación del Registro Civil en 1901. A partir de allí, el Ecuador ha tenido un sinnúmero de reformas normativas en este ámbito del Derecho. Se introdujo al país la institución del matrimonio civil, en la primera Ley de Matrimonio Civil de 1902¹⁶, antes solamente se permitía el matrimonio eclesiástico celebrado por autoridades religiosas.

Al permitir que se agregue un nuevo tipo de matrimonio, a ser celebrado antes del que ya existía previamente, se tuvo que admitir que sean distintas las autoridades que los celebren, ciertamente a cada uno de éstos por separado. Hasta la edición de 1860 del Código Civil¹⁷, se reconocía la competencia para que lo realicen solamente las autoridades eclesiásticas.

Esta primera reforma pro secularización, como habría de esperarse, no fue bien aceptada por la Iglesia. Respecto de esta dualidad de matrimonios, Julio Tobar expresó que el poder religioso consideraba que se estaba poniendo a los ciudadanos a elegir entre éstos, lo cual causaba un perjuicio enorme hacia los católicos, pues se creaban confusiones.¹⁸ Se consideraba además, que a través del matrimonio civil, se estaban

¹⁵ A. Wray, et al. *El menor ante la Ley*. pp. 22-23. *Óp. Cit*

¹⁶ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador, Registro Oficial No. 317 de 4 de octubre de 1902.

¹⁷ Código Civil del Ecuador de 1860. Artículo 163. *Óp. Cit*.

¹⁸ J. Tobar Donoso. *Estudios religiosos*. p.94. *Óp. Cit*.

creando instituciones arreligiosas, que iban en contra de las creencias sociales, incluso hiriendo la conciencia de los ciudadanos, pues éstos

Se acostumbran poco a poco a mirar la unión conyugal como un negocio exclusivamente profano, a considerar la ceremonia civil como único matrimonio, y al acto religioso, como bendición sobreañadida al contrato nupcial bendición de la cual puede prescindirse sin ningún riesgo.¹⁹

Sin embargo, Luis Felipe Borja, estableció que:

Si bien la ley halló obstáculos en la conciencia de los católicos exagerados, todos reconocen hoy que el matrimonio, como institución social, no pugna con el matrimonio considerado como sacramento, y que la ley civil, cuando determina los requisitos y efectos del matrimonio, no se opone a los preceptos de la Iglesia Católica.²⁰

Particularmente, el divorcio no existió en el país, hasta que se introdujo la ley a la cual me refiero, en donde además se establecieron las causales específicas por las cuales se podía admitirla. En su Artículo 20, se establece que:

El matrimonio termina: 1ª. Por la muerte natural de uno de los dos cónyuges; 2ª. Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; 3ª. Por sentencia ejecutoriada que declare la muerte por presunción, en el caso de desaparecimiento por más de diez años; 4ª. Por divorcio que disuelva el vínculo matrimonial, declarado por sentencia ejecutoriada. El cónyuge culpable queda inhabilitado para volver a (sic) casarse en la República, por el término de diez años.²¹

Si nos detenemos a mirar la norma, las primeras tres causales siguen los preceptos canónicos de disolución de vínculo matrimonial, los cuales se habían venido utilizando hasta ese momento, mas no así la última, la cual rompe el esquema anteriormente planteado y crea una nueva institución, la del divorcio. Lo interesante de la causal, es que plantea que no se podrá contraer un vínculo posterior en el periodo de 10 años en el Ecuador, pero bien se podría haber entendido, que se podía contraer matrimonio en el exterior, pues no existe prohibición alguna al respecto.

Para satisfacción de la Iglesia, se hizo una distinción entre las instituciones del divorcio como tal y la de la así llamada en la época “separación de cuerpos”. Se

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ L.F. Borja. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. Tomo III. Libro I. A. y R. Roger y F. Chernoviz (Imp.-Eds.). París, 1907. p.62.

²¹ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo 20. 1902. *Óp. Cit.*

llamaba al divorcio propiamente dicho: “divorcio perfecto” y, a la separación de vida marital: “divorcio imperfecto”; debido a que solo el primero disolvía efectivamente el vínculo matrimonial.²²

El único caso en el que podía darse el divorcio perfecto era el adulterio de la mujer.²³ Y las causas para que pueda configurarse el divorcio imperfecto, eran: 1ª. El adulterio del marido; 2ª. Sevicia atroz; 3ª. Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro; 4ª. Tentativa del marido para prostituir á la mujer o á sus hijos; y, 5ª. Embriaguez consuetudinaria.²⁴

Desde esta Ley en su Artículo 23, ya se estipulaba que este tipo de acciones podrían ser únicamente interpuestas por el cónyuge inocente, es decir, aquel que haya sido perjudicado en forma alguna, por el otro consorte.²⁵

En 1904 se modificaron y aumentaron causales. La mayoría de éstas configuraban el divorcio imperfecto, pero en esta ley, el adulterio del marido, sería causal de divorcio perfecto, mas llevando la condición de que se haya tratado de concubinato y que éste, sea público y escandaloso. Otra causal que sufrió el mismo fenómeno, fue la de la obtención de una sentencia, que condene al cónyuge de tentativa de crimen contra la vida del otro.²⁶

La Ley de 1910 tuvo otra reforma, la de aumentar como causal de divorcio imperfecto, “el mutuo consentimiento de ambos cónyuges”, diferenciándose a lo que conocemos en la actualidad. Es decir, el que existan dos sistemas aparte, el de divorcio por causales y el de mutuo acuerdo, lo cual en realidad, es conceptualmente correcto. Con esta ley también se habilitó a los ex cónyuges a poder volver contraer nupcias a los

²² J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. Quito: Editorial Universitaria, 1957. p. 28.

²³ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador, Artículo 21. 1902. *Óp. Cit*

²⁴ *Id.*, Artículo 22.

²⁵ *Id.*, Artículo 23. Ulteriormente se verá que este sistema se sigue utilizando en el Ecuador hasta el día de hoy.

²⁶ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo 2, reforma al Artículo 22. Registro Oficial No. 929 de 5 de noviembre de 1904.

dos años de haberse divorciado, pero sólo por mutuo consentimiento, y ya no diez como se daba anteriormente para cualquier forma de divorcio.²⁷ En leyes posteriores, el sistema fue modificándose de acuerdo a las necesidades presentadas por la sociedad, incluida la especialización de las normas en cuanto a procedimientos adjetivos al tema.

En 1935, se estableció que el consentimiento podría ser expreso o tácito en el divorcio por mutuo consenso. Entendiéndose a la segunda modalidad, cuando existiere “separación con ruptura de las relaciones conyugales, por tres años continuos.”²⁸ Pero entre lo más importante de esta ley, fue denominar al concepto de divorcio como tal, es decir, que ya no se debía aclarar si había o no disolución de vínculo matrimonial.²⁹ Por otro lado, se aumentó las causales a un total de 12, de las cuales se han eliminado dos hasta la actualidad, la primera: “El hecho de que uno de los cónyuges arriesgue habitualmente, en juegos de azar, valores más o menos cuantiosos con relación a su fortuna”.³⁰ Y la segunda, “la impotencia o deformación orgánica de cualquiera de los cónyuges, que vuelva imposible la procreación.”³¹

En esta ley se introdujo el concepto de la liquidación de la sociedad conyugal, a darse como consecuencia del juicio de divorcio, el cual se estableció, debía llevarse a cabo mediante vía verbal sumaria.³² Ello fue el antecedente del concepto de las protecciones al cónyuge débil, concepto que en esta época, era dirigido siempre hacia la mujer. En este sentido, se empezó a hablar del derecho a la quinta parte de los bienes de su marido, en el caso en el que careciera “de lo necesario para su congrua

²⁷ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo 22. Registro Oficial No. 1359 de 4 de octubre de 1910.

²⁸ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo 2. Artículo innumerado (25). Registro Oficial No. 56 de 4 de diciembre de 1935.

²⁹ Pues a partir de esta ley, con el divorcio, siempre habría disolución de vínculo matrimonial, así como separación de vida marital.

³⁰ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo 2. Artículo innumerado (26), Numeral 12. 1935. *Óp. Cit.*

³¹ *Id.*, Artículo 2. Artículo innumerado (26) Numeral 10.

³² *Id.*, Artículo 2. Artículo innumerado (33).

sustentación”³³, es decir, que la mujer sea pobre. O también podría tener derecho al complemento de esa quinta parte, en el caso de que ésta tuviera bienes, pero no de tanto valor como los de su marido. Posteriormente y como se verá, estos derechos serían modificados, en cuanto cualquiera de los cónyuges pueda tener acceso a ellos, siempre y cuando sea *inocente*.

Por último en esta ley, se define que se demandará en un juicio aparte, el cumplimiento de la obligación de responder por los alimentos necesarios para los hijos, lo cual quedaría a libre criterio del juez, el determinar de acuerdo a las circunstancias de cada caso.³⁴

En 1937 se estableció que la culpable, es decir, la mujer que se haya acomodado a alguna de las causales descritas en la ley, no tendría derecho a la quinta parte de los bienes de su marido, independientemente de que no tenga lo necesario para su congrua sustentación.³⁵ Es en estos momentos, en donde es evidente la importancia que la legislación, influenciada por la Iglesia, le daba a la culpabilidad, desprotegiendo al cónyuge débil económicamente, pensamiento que se mantiene hasta la actualidad. Tomando en cuenta que el único que podía pedir el divorcio por causales, era el cónyuge que había sido agraviado por una de éstas o también llamado, cónyuge víctima.³⁶

En la reforma de 1940, en donde se introdujo la audiencia de conciliación para determinar la situación económica, tenencia, alimentos y demás elementos conformantes del bienestar de los hijos de los cónyuges.³⁷ Y en el evento en el que no llegaren a un acuerdo, se tendrían que atener a lo dispuesto por el juez que revise la causa, el cual seguiría la reglamentación pertinente al tema.

³³ *Id.*, Artículo 2. Artículo innumerado (28).

³⁴ Artículo 2. Artículo innumerado (31).

³⁵ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 475 de abril de 1937.

³⁶ J. Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador Tomo II: Derecho Matrimonial*. p. 159. *Óp. Cit.*

³⁷ Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo 5, Artículo innumerado (1). Registro Oficial No. 40 de 19 de octubre de 1940.

Los hijos varones impúberes y las hijas mujeres de cualquier edad, estarían al cargo de la madre; los hijos púberes podrían elegir con quien deberían estar, a menos de que se demuestre que cualquiera de los padres, no estaba en condiciones físicas o morales para hacerse cargo de ellos o si es que hubieran sido los culpables del divorcio. Una vez más, se puede ver el elemento de culpabilidad establecido en la legislación, lo cual se analizará más adelante con mayor detenimiento.

Es importante mencionar que el juez debía dictar las medidas provisionales, mientras se expedía sentencia definitiva sobre la situación de los hijos, y por ende, no se podía inscribir el divorcio, ni tampoco podían surtir efectos legales frente a los mismos cónyuges o frente a terceros, si es que en la audiencia de conciliación no se llegó a ningún acuerdo.³⁸

Además, desde esta época, las providencias dictadas por el juez podían ser modificadas en cualquier momento, si es que se encontrara suficiente motivo para así hacerlo. Si bien los aspectos relacionados a los hijos, no son el tema central de este estudio, es relevante señalar sus antecedentes históricos, debido a la relación estrecha que tiene con las medidas, respecto de los cónyuges en sí.

En 1958 se admite nuevamente la separación conyugal debidamente autorizada, o también llamada “divorcio no vincular”, aparte de la institución del divorcio como tal. Su fin fue complacer a los católicos que seguían sin aceptar a esta última institución de derecho como válida.

1.1.4. Estatalidad con influencia de la Iglesia: De 1960 hasta 1979

Posteriormente, en 1967 se restableció el divorcio consensual tácito, lo cual ahora se reconoce como un error, pues se lo consideraba como una nueva causal, mas no como un tipo de divorcio. En éste, se mantenía como premisa el que los cónyuges hayan estado separados de manera ilegal por el lapso de más de 10 años. Esta causal,

³⁸*Id.*, Artículo 5, Artículo innumerado (1) y Artículo 8, Artículo innumerado (1).

para variar un poco, podía ser alegada por cualquiera de los esposos, quitándole el elemento de culpabilidad que hemos visto anteriormente en la legislación.³⁹

Es importante reconocer que la separación ilegal, se refería a lo que ahora conocemos como el abandono, la cual se diferencia de la separación debidamente autorizada. “[L]a Ley 121 CLP, promulgada en el Registro Oficial 144 de 26 – III – 69, rebajó el tiempo de la separación de más de diez años a solamente cuatro años”;⁴⁰ lo cual a los ojos de la Iglesia, era realmente inaudito, en palabras de Larrea Holguín.

Al crearse confusión entre los dos tipos de separaciones, pues se pensaba que cualquiera de las dos podría traer como resultado el divorcio, fue necesaria la expedición de la Ley 256 en 1970. En ella se aclaraba que “el divorcio por separación solamente se puede producir al cabo de 15 años, si hay separación conyugal judicialmente autorizada, ya que en ese caso la separación no es ilegal sino precisamente legal.”⁴¹ Gracias a esta ley, se logró explicar que si es que en ese lapso de tiempo, existe separación legal, no cabe el divorcio por la causal expresada.⁴²

1.1.5. Secularización: De 1979 hasta 2005 (última codificación)

Es importante señalar que los legisladores de distintos países, consideraron ciertas circunstancias excepcionales como válidas, para permitir que se libere de la unión matrimonial a los cónyuges; y ha sido el legislador ecuatoriano el que ha tenido que irse en contra de las creencias católicas para poder adaptarse a las necesidades globales y específicamente de nuestra sociedad. Así se ve en la siguiente afirmación de la Comisión Jurídica del Código Civil de 1970: “el hombre como sujeto de la historia desata el violento cambio y sufre las consecuencias del mismo.”⁴³ Y de esta forma se

³⁹ J. Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador Tomo II: Derecho Matrimonial*. p. 158. *Óp. Cit.*

⁴⁰ *Id.*, p. 159.

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Vid* jurisprudencia de la Corte Suprema, con interpretación contraria, debido a la confusión de conceptos manejados en la legislación. Tema mencionado por: J. Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador Tomo II: Derecho Matrimonial*. p. 159. *Óp. Cit.*

⁴³ Comisión Jurídica del Código Civil. Promulgado el 15 de julio de 1970. <http://www.cetid.abogados.ec/archivos/101.pdf>. (acceso: 05/08/2011)

argumentó, el hecho de que la legislación se mantenga cambiante, evolucionando paralelamente con la normativa de otros países.

En 1981 mediante reforma al Código de Procedimiento Civil y al Código Civil, se estableció que las parejas podrían pedir de consuno o de mutuo acuerdo, la liquidación de la sociedad conyugal, buscándose así, que el destino de los bienes fuese justo.⁴⁴

Me parece importante también recalcar, que en el desarrollo de la legislación ecuatoriana se buscó encontrar la igualdad de género. Y respecto a este tema, Larrea Holguín hizo el siguiente comentario: “no basta para conseguir la igualdad jurídica, real, en la vida, el que cambien las leyes; no basta, porque es necesario que cambie también la mentalidad, que cambien las costumbres y que vaya cambiando la jurisprudencia.”⁴⁵ Lo cual se debe reconocer, ha sido uno de los mayores obstáculos que han tenido la legislación, el pensamiento y comportamiento de la sociedad, pero se finalmente se ha alcanzado. Tanto es así que en la Ley 43 de 1989, se establece claramente lo siguiente: “...El matrimonio se constituye sobre la base de igualdad de derechos y deberes de ambos cónyuges.”⁴⁶, consagrando además, la reglamentación que fundamente este principio rector.

En esta misma Ley, se suprimió definitivamente la separación judicialmente autorizada y se introdujo la causal de abandono como tal, permitiendo que cualquiera de los cónyuges la pueda interponer, es decir, tanto el abandonado como quien abandonó el hogar, después de transcurridos tres años; o un año, si es que fuese

⁴⁴ Reformas al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil del Ecuador, Artículo 2, Artículo innumerado (1). Registro Oficial No. 69 de 31 de agosto de 1981.

⁴⁵J. Larrea Holguín. *Últimas reformas al Código Civil: Comentarios a la Ley 88*. Revista jurídica de la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1991/03/03_Ultimas_Reformas_Codigo_Civil.pdf. (acceso: 22/03/2011).

⁴⁶Ley Reformatoria al Código Civil del Ecuador, Artículo 21, Reformatorio al Artículo 134. Registro Oficial No. 256 de 18 de agosto de 1989.

interpuesta por el primero.⁴⁷ Respecto de este tema, el autor que acabo de mencionar, comentó:

[...] [E]rror muy grave de la Ley 43 fue el de facilitar el divorcio en la forma en que lo hizo, modificando el concepto de la separación de los cónyuges con total ruptura de las relaciones conyugales, reemplazándolo por el concepto del abandono ilegal del cónyuge.⁴⁸

En cuanto a lo que concierne frente a este tema, considero que las instituciones únicamente cambiaron de nombre, porque en general, el concepto no varió; sin embargo, los plazos se redujeron, con el fin de que las normas se adecúen a la realidad. Se necesitaba regular una situación que ocurría y sigue ocurriendo hasta la fecha, con mayor rigurosidad, con el fin de proteger los intereses de las personas involucradas en el tema.

En la última codificación, realizada en el 2005, se ve que ya no existen causales como la de la impotencia y que el abandono tiene plazos cortos de tiempo, a diferencia de anteriores codificaciones, por mencionar algunos cambios legislativos. Se tienen protecciones al cónyuge débil económicamente, tales como el anteriormente mencionado “derecho a la quinta parte de los bienes del cónyuge”, y otras protecciones, pero siempre cercanas al concepto de culpabilidad, que revisaré en capítulos posteriores.

1.2. España

Considero importante empezar con la relevancia que tiene el Derecho Comparado, especialmente en la actualidad, en donde se busca con mayor ahínco su propagación y desarrollo, debido a las facilidades que puede brindar al compartir preceptos legales que influyeran en la normativa global. En este sentido, Pedro Fernández de Córdova, cita a tratadistas como Saleilles, Lambert y Levy Ullman, quienes expresan que una de

⁴⁷*Id.*, Artículo 15, No. 2.

⁴⁸J. Larrea Holguín. *Últimas reformas al Código Civil: Comentarios a la Ley 88. Óp. Cit.*

las finalidades más trascendentales de esta rama del Derecho, es la de “encontrar un medio práctico de mejorar el Derecho existente.”⁴⁹

Asimismo, Fernández de Córdova cita a H.C. Gutteridge, quien manifiesta que el Derecho Comparado tiene varios fines prácticos, pero a mi modo de ver, el más importante, se refiere a la utilidad que tiene frente a la reforma legislativa que se pueda anhelar en un país determinado, en razón de una necesidad establecida y que pueda tener un impacto similar al que se haya aplicado en otra nación anteriormente.⁵⁰ Si bien respecto de esta utilidad, se debe tomar en consideración las circunstancias particulares de la realidad en donde se quiera instaurar las nuevas normas, una vez superado ese obstáculo, puede traer muchísimos beneficios.

En España, de acuerdo a lo descrito en forma cronológica y explicativa por parte de Carlos Lasarte, podemos apreciar que existen muchas semejanzas históricas respecto del divorcio, entre las legislaciones ecuatoriana y española, partiendo de que ambas en sus comienzos estuvieron altamente influenciadas por el Derecho Canónico y paulatinamente fueron alcanzando asimismo, la secularización. Estas semejanzas permitieron que los debates creados a partir de las instituciones que rigieran en cada uno de los sistemas, fueran bastante parecidos.

1.2.1. Etapa eclesiástica: 1870-1931

Al comienzo en ninguno de los dos casos, quería admitirse el divorcio, y se remitían a los mismos argumentos (revisados ulteriormente). Sin embargo, según Lasarte, en realidad se deberían dejar a un lado las opiniones ideológicas, que son puramente de carácter personal y por la misma razón, no deberían influir en la

⁴⁹ H. C. Gutteridge citado en P. Fernández de Córdova Álvarez. *Estudios de Derecho Comparado*. 2^{da}. ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001. p.27.

⁵⁰ P. Fernández de Córdova Álvarez. *Estudios de Derecho Comparado*. 2^{da}. ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001, p.28.

normativa de una nación.⁵¹ Rives Gilabert y Rives Seva comentan frente a este tema, lo siguiente:

En este primer período de la evolución no puede hablarse en absoluto de problema alguno ya que la única forma admitida en España para contraer matrimonio era la señalada por la Religión Católica, quedando a salvo los fueros especiales aplicables a ciertas clases de ciudadanos como judíos y moriscos.⁵²

A lo largo del tiempo, según estos autores, la legislación española, sufrió como la nuestra, por la influencia religiosa. En su caso, las distintas reformas que tuvieron, eran en función de si la persona o las personas que contraerían matrimonio, eran católicas o no, para verificar qué tipo de reglas serían las que se aplicarían a su celebración matrimonial, si las provenientes del Derecho Canónico, o las civiles⁵³, y partiendo de esa premisa, se permitía o no, el divorcio. En ciertas reformas, el matrimonio civil era obligatorio⁵⁴, además del eclesiástico y en otras, se daba efectos civiles a los matrimonios eclesiásticos, para evitarse ambas celebraciones.⁵⁵

Estos autores, afirman que partiendo del hecho de que los cambios legislativos no siempre cumplen con las expectativas o necesidades de la sociedad, efectivamente eso puede visualizarse en la práctica al encontrar exigencias que no reflejan la ideología de la ciudadanía. Un ejemplo de ello, es cuando se obligaba a los creyentes a celebrar el matrimonio civil además del eclesiástico, observancia que no tuvo mucha acogida, y los católicos sólo se casaban por la Iglesia.

⁵¹ C. Lasarte. *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil*. Tomo Sexto. 8^{va}. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009. p. 102.

⁵² J. M. Rives Gilabert y Antonio Pablo Rives Seva. *Evolución histórica del sistema matrimonial español*. Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho Civil. Pamplona, 2001. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200111-38551824910132961.html>. (acceso: 18/08/2011).

⁵³ Ley de Bases de 1888 y el Código Civil de 1889, citada por: J. M. Rives Gilabert y Antonio Pablo Rives Seva. *Evolución histórica del sistema matrimonial español*. Óp. Cit.

⁵⁴ Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, citada por: J. M. Rives Gilabert y Antonio Pablo Rives Seva. *Evolución histórica del sistema matrimonial español*. Óp. Cit.

⁵⁵ J. M. Rives Gilabert y Antonio Pablo Rives Seva. *Evolución histórica del sistema matrimonial español*. Óp. Cit.

En otras reformas, el matrimonio civil era potestativo para los católicos, suprimiendo así el requisito, anteriormente estipulado, de declarar la acatolicidad de los contrayentes.⁵⁶ De esta manera, vemos como el acercamiento a la secularización, se da de manera paulatina.

1.2.2. La Segunda República: 1931-1939

Es en abril de 1931 cuando se proclama el comienzo de la II República⁵⁷, iniciando una nueva etapa en España, y el objetivo principal que se tenía, era reformar estructuralmente al país, intentando acercarse ideológicamente a las democracias parlamentarias, que a la época reinaban en otros países europeos, siendo España una excepción a esta manera de gobernar, la cual tendía hacia el izquierdismo.

La Constitución republicana (9 diciembre 1931) fue una pieza importante para el avance de aspiraciones [...] la reforma de la familia, con el reconocimiento del matrimonio civil y el divorcio. [...] La ley del divorcio (2 marzo 1932), precedida de un debate muy intenso, fue una de las innovaciones más discutidas de la República.⁵⁸

Se mostró que la imposición de las reglas católicas tenía vacíos, debido a que obligaba a todos quienes no practicaban la religión católica a obedecerlas, e incluso a una parte de quienes sí la practicaban pero que por distintas razones no reflejaban la inconformidad que sentían. De todas maneras, en realidad en ninguno de los dos casos existía un acuerdo con ese sistema anterior.

Dicha ley admitía “aún la opción entre la acción de divorcio con ruptura de vínculo, y la de separación canónica, sin duda para no violentar a tanto casado según la

⁵⁶ Real Orden de 27 de Agosto de 1906, citada por: J. M. Rives Gilabert y Antonio Pablo Rives Seva. *Evolución histórica del sistema matrimonial español. Óp. Cit.*

⁵⁷ Llamada así debido a que quienes la lideraban, eran los republicanos y porque de 1873 a 1874, se instauró la I República.

⁵⁸ J. M. Díez-Fuentes. *República y primer Franquismo: La mujer española entre el esplendor y la miseria, 1930-1950*. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5845/1/ALT_03_03.pdf. (acceso: 01/03/2012).

ley de la Iglesia entonces.”⁵⁹ Con lo que se puede apreciar que se respetaba la forma de pensar de los católicos, ajustándose al mismo tiempo a la realidad de los no creyentes.

“Otra Ley de marzo de 1938, impuesta en la Zona Nacional, derogó la del divorcio, ratificada por otra en 1939, en que se mantenía la legislación canónica, que mantenía la indisolubilidad del matrimonio.”⁶⁰ Con ello, se retrocedió en el tiempo a lo que habían conseguido los republicanos, dando paso al Franquismo. “En abril de 1939, con el control de todo el Estado por los sublevados, se produce la definitiva desaparición de la República, con un intenso rechazo, desprecio y crítica a las ideas, valores y reformas defendidas y encarnadas por la República [...]”.⁶¹ En definitiva, la Falange Española, organización política fundadora del pensamiento franquista, logró que se suprima todo lo conseguido en la II República.

Romero Vieitez, citado por Puig Peña, menciona que en 1938 se suspendió la sustanciación tanto de los juicios de separación, como de los de divorcio.⁶² En el mismo año, se determinó que las sentencias de dichos tipos de juicios que se encontrasen pendientes de revisión por parte del Tribunal Supremo, serían consideradas como firmes para todos sus efectos.⁶³ En cuanto a las sentencias de divorcio dictadas respecto de los matrimonios civiles, conservaban el principio de irretroactividad, es

⁵⁹ H. y B. Alonso. *La ley del divorcio causará graves males en muchos matrimonios*. Madrid: Artes gráficas y ediciones. 1982. p. 19.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ J. M. Díez-Fuentes. *República primer franquismo: la mujer española entre el esplendor y la miseria, 1930-1950*. *Óp. Cit.*

⁶² Decreto de 2 de Marzo de 1938, citado por Romero Vieitez. “Las normas del Derecho matrimonial dictadas por el nuevo Estado español”. *Revista de Derecho Privado*, (1941), p.194. A su vez citado en F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. Volumen I: Teoría General del Matrimonio. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953. p. 506.

⁶³ Orden de 9 de noviembre de 1938, citada por F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. Nota al pie (4). pp. 506-507. *Óp. Cit.* “A este efecto establece, en relación a los matrimonios canónicos, que las sentencias firmes de divorcio vincular, dictadas por Tribunales civiles, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la autoridad judicial a instancia de cualquiera de los interesados, siendo causa bastante para fundamentarlas su deseo de reconstituir su legítimo hogar o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyente.”

decir, mantenían su eficacia, a pesar de las leyes que derogaban la institución de divorcio.⁶⁴

1.2.3. El Franquismo: 1939-1981

Si bien en 1933 se constituyó la Falange Española, la cual manifestó desde sus inicios su rechazo absoluto a “los avances concedidos a las mujeres, especialmente todos aquellos aspectos que «atentaban» contra la familia y las «costumbres tradicionales de la Patria», como era el divorcio.”⁶⁵; cabe recalcar, que no fue hasta más adelante, que esta organización política, de “marcado carácter conservador, autoritario y una férrea oposición a la trayectoria desarrollada por la República”, se impuso en este país.⁶⁶

“El proceso antirreformista y derogatorio de la legislación republicana se inició con la sublevación militar, extendiéndose a los territorios que las tropas iban ocupando: el matrimonio civil, el divorcio, restablecimiento del Código Civil de 1889, [...]”.⁶⁷ Es así que durante esta etapa legislativa, no se admitía la posibilidad de otra causa de disolución de vínculo matrimonial, que no sea la muerte de uno de los cónyuges y por ende la institución del matrimonio era considerada como indisoluble. Se admitía únicamente la mera separación de los cónyuges.⁶⁸

En este país, la influencia católica llegó a ser completamente extremista y por esa misma razón, los cambios radicales a los que se alcanzó en la última reforma (sobre la cual hablaré más adelante), responden a necesidades reprimidas por décadas.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ J. M Díez-Fuentes. *República primer franquismo: la mujer española entre el esplendor y la miseria, 1930-1950. Óp. Cit.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. p.504. *Óp. Cit.*

Efectivamente, la figura del divorcio como tal, en España no fue admitida legislativamente hasta el siglo XX.⁶⁹

Esta mera separación, conservaba el deber de fidelidad que se debían los esposos, a diferencia del divorcio,⁷⁰ pues éste se consideraba como ruptura perfecta o absoluta del vínculo matrimonial y por esta razón, se suprimían las obligaciones conyugales. He aquí nuevamente la distinción entre divorcio perfecto e imperfecto, conceptos utilizados en Ecuador.

Posteriormente, se instituyó como requisito, el que se deban presentar una serie de documentos que certifiquen la acatolicidad de los contrayentes, además de la mera declaración de serlo, requisito único hasta esta reforma, para poder contraer solamente matrimonio civil y no el eclesiástico, lo cual según los autores Rives:

[E]ra evidentemente restrictiv[o] y radicalizó la protección al matrimonio canónico, siendo, a nuestro juicio, lo más opuesto a la convivencia y libertad, aunque comprensible en los tiempos y circunstancias en que fue promulgada, de exacerbado catolicismo.⁷¹

La otra forma de disolución del vínculo matrimonial (además de la causada por la muerte de uno de los cónyuges), era al igual que en Ecuador, en el caso en que uno de los esposos, tome la decisión o sea llamado a practicar la profesión religiosa.⁷² Pero “[f]uera de este caso, pues, la Iglesia no admite la disolución del vínculo (divorcio pleno) en ningún caso ni circunstancias.”⁷³

En el caso del adulterio, se decía que el vínculo no se rompía, que en realidad solamente se desagarraba, y que para que éste pueda configurarse, debían cumplirse

⁶⁹ C. Lasarte. *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil. Óp. Cit.*

⁷⁰ F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. p. 506. *Óp. Cit.* Si bien en España muchas veces se utilizaba el término “divorcio” para la mera separación de los cónyuges, estaban en completo desacuerdo con los efectos que tenía el primero y por ende, sólo era admitido el segundo.

⁷¹ J. M. Rives Gilabert y A. Pablo Rives Seva. *Evolución histórica del sistema matrimonial español. Óp. Cit.*

⁷² F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. p. 509. *Óp. Cit.*

⁷³ *Id.*, p. 512.

ciertos requisitos: que haya sido cierto, que no haya sido ni causado ni condonado y menos aún correspondido por el otro consorte.

Asimismo, para que pueda haber separación temporal, respecto del matrimonio canónico, podrían concurrir cualquiera de las siguientes causas: 1) afiliación de uno de los cónyuges a una secta acatólica; 2) la educación acatólica de la prole; 3) la vida criminal e infamante⁷⁴; 4) el peligro grave corporal o espiritual⁷⁵; 5) sevicias que hagan la vida común sumamente difícil; o 6) cualquier otra causa análoga a las anteriores, respecto a ello, la Iglesia admitía el sistema de *numerus apertus*, para no dejar de lado cualquier causa que no estuviere enumerada taxativamente, pero que para la autoridad canónica, fuera lo suficientemente grave como para admitir el divorcio imperfecto.⁷⁶

Respecto de las causas de divorcio admitidas para el matrimonio civil, se tenía que tomar en cuenta el tema de la culpabilidad, recayendo en ese tiempo, sobre el concepto de divorcio sanción, que son las siguientes: 1) el adulterio de la mujer en todo caso y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer; 2) los malos tratamientos de obra y las injurias graves; 3) la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión;⁷⁷ 4) la propuesta del marido para prostituir a la mujer⁷⁸; 5) el hecho de que el marido o la mujer corrompan a sus hijos hacia la prostitución; y, 6) la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.⁷⁹ Se puede apreciar que estas causas son bastante similares a las que se impusieron en la legislación ecuatoriana, alrededor de la misma época.

⁷⁴ Entendidas como parte de esta causal, también a la embriaguez habitual, al juego, libertinaje, etc.

⁷⁵ Por ejemplo, cuando uno de los cónyuges haya contraído una enfermedad contagiosa.

⁷⁶F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. pp. 513-514. *Óp. Cit.*

⁷⁷ Pero nada se dice acerca de la fuerza ejercida por la mujer sobre el varón, pues se partía del hecho de que era menos probable que pueda suceder.

⁷⁸ El concepto de prostitución en este caso, no se refiere únicamente al hecho de lanzar a una mujer al comercio sexual, sino inclusive se adecúa a esta causal, quien acepte que su esposa tenga relaciones con un tercero.

⁷⁹F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. pp. 515-519. *Óp. Cit.*

En cuanto al procedimiento a seguir respecto de las causas de divorcio, eran los Tribunales eclesiásticos quienes decidían acerca del vínculo matrimonial, pero respecto de aspectos como los hijos o cuestiones económicas resultantes de la separación, serían los Tribunales civiles quienes decidan. En cuanto a los divorcios de matrimonios civiles, serían los Tribunales civiles quienes decidan acerca de todo lo concerniente a ellos.⁸⁰

En cuanto a los efectos de la separación, respecto de los cónyuges, se causaba exactamente eso, la supresión del deber de cohabitar en el mismo hogar. El deber de socorro, se transformaba en una pensión alimenticia, en la que se alegaba que se debía reconocer, tanto los bienes que la mujer posea, o en el caso de que no los tenga, suministrarle los que le faltasen para su mero sostenimiento, coincidiendo de esta manera con nuestro derecho a la quinta parte de los bienes o a su complemento, según el caso. Respecto de los demás deberes, como por ejemplo el de fidelidad, seguían intactos.⁸¹

La práctica matrimonial en España durante este periodo político, tuvo muchos problemas, debido a que la gente, con el fin de eludir las prácticas canónicas, alegaba cambios de fe o incluso la falta de fe. Con lo que se puede ver otro de los ejemplos en donde vemos que al legislar sin tomar en consideración los intereses de la gente, no se lograba regular los actos de manera eficaz y por ende, las normas tenían duración limitada. Es así que surgieron varios intentos de armonizar la legislación civil, con los requisitos católicos matrimoniales.

Si bien Francisco Franco murió en 1975, el poder salir de la ideología católica, impuesta por este dictador, a España, le costó muchísimo, y es por ello que solamente después de transcurridos 6 años, se pudo volver a los preceptos ya establecidos anteriormente por los republicanos en la II República, época en donde se alcanzaron muchos cambios, que como ya se dijo, fueron opacados en la Dictadura de Franco.

⁸⁰*Id.*, p. 519.

⁸¹*Id.*, pp. 522-523.

1.2.4. Causales: 1981-2005

Es por ello que “el divorcio es una práctica relativamente reciente baste pensar que en España, salvo un lapso temporal en la II República, no se legaliza hasta 1981.”⁸² En este año, finalmente se vuelve dar paso al divorcio propiamente como tal, logrando cada vez con mayor fuerza, el proceso de secularización en el país, aunque no del todo, debido a que se sigue considerando de gran fuerza a la mera separación conyugal de los esposos, como paso previo a seguir en algunas de las causales, para que cumpliéndose determinados plazos, se pueda acceder finalmente al divorcio.

La razón se deriva de la aberración que se seguía teniendo respecto de la separación, y el respeto a la disolubilidad del matrimonio. En cuanto a esto, se dice que “es enteramente ilógico establecer que dicho cese sea también causa de divorcio. En realidad, es una apariencia de causa que encubre el hecho real del cese del afecto y del hastío [...]”⁸³ Es decir, el hecho de que los cónyuges decidan separarse, es simplemente un síntoma de que la relación de éstos, no anda bien y por ende, el hecho de que efectivamente se separen, es nada más un síntoma que lo refleja, es por ello que no tiene sentido el que se la haya considerado como causal de divorcio.

Sin embargo, se seguían admitiendo distintas causales para la mera separación de los cónyuges y el divorcio. Respecto de la primera, son las siguientes: 1) El abandono, la infidelidad o las injurias;⁸⁴ 2) cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos; 3) la condena a privación de libertad; 4) el alcoholismo o la toxicomanía; 5) el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido;⁸⁵ o, 6) las causales 3, 4 y 5 referentes al divorcio, que mencionaré a continuación, pero que se reducen a la separación de los esposos, por

⁸² M. J. Rodríguez y J. M. Moreno. *La medida de la nupcialidad y el divorcio en España*. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/2335/1/M%C2%AA_Jose%CC%81_RJ_y_Jaime_MM._La_medida_de_la_nupcialidad_y_del_divorcio%5B1%5D.pdf. (acceso: 21/02/2012)

⁸³ H. y B. Alonso. *La ley del divorcio causará graves males en muchos matrimonios*. p. 39. *Óp. Cit.*

⁸⁴ Circunstancias contempladas dentro de una misma causal, a pesar de las diferencias que tienen las unas respecto de las otras.

⁸⁵ Entendiéndose la separación de los cónyuges o la falta de cohabitación de los mismos, bajo un mismo techo.

determinados períodos de tiempo por distintas circunstancias y la obtención de sentencia condenatoria por atentar contra la vida del cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.⁸⁶

Las causas de divorcio, se refieren más al cese efectivo de la convivencia conyugal, contándose a partir de distintos momentos y por petición ya sea de uno o de los dos consortes, la única causal distinta a las mencionadas, es el haber obtenido una sentencia condenatoria mencionada en el párrafo anterior.

En esta Ley, ya se habla de que a la demanda, necesariamente se deberá acompañar un convenio regulador sobre los efectos que conlleva el divorcio, tanto respecto de los hijos, como respecto de los bienes y demás cuestiones económicas. Los que interesan en cuanto al tema de esta tesis en particular, son respecto del Artículo 90 de la Ley 30/1981, los literales c) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos; y d) la liquidación del régimen económico. Lo cual deberá ser ejecutado mediante la vía de apremio, y no obsta que posteriormente por defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas puedan ser modificadas o incluso cuando las circunstancias de cualquiera de ellos, se alteren de manera sustancial.⁸⁷

El Artículo 97 de la Ley 30 de 1981 establece por primera vez, de manera clara el concepto de la pensión compensatoria, el cual se mantiene hasta la actualidad y establece lo siguiente:

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1.Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges.
- 2.La edad y estado de salud.
- 3.La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.La dedicación pasada y futura a la familia.

⁸⁶H. y B. Alonso. *La ley del divorcio causará graves males en muchos matrimonios*. pp, 92-93. *Óp. Cit.*

⁸⁷*Id.*, pp, 94-95. En referencia al Artículo 90 de la Ley 30/1981 (España).

5.La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6.La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7.La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.⁸⁸

Si bien en la aplicación de este concepto no se hace distinción entre el cónyuge culpable y el cónyuge inocente, se intenta equilibrar los efectos económicos que puede acarrear el divorcio, respecto de los esposos, acomodando las circunstancias a las que se encontraban dentro de matrimonio y que el impacto que se tenga, con la ruptura del vínculo matrimonial, no sea tan fuerte. Esta pensión, de acuerdo a lo establecido en el Art. 99 de la misma ley, puede ser sustituida por “la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero”.⁸⁹ Con ello, se puede ver que la intención del legislador, fue adecuar las condiciones mantenidas dentro del hogar, para que una vez que éste esté deshecho, no conlleve mayores sufrimientos, que los que ya trae consigo.

En ese mismo sentido, las bases de la pensión pueden ser modificadas en cualquier momento, incluso después de fijada la sentencia, si las circunstancias son sustancialmente distintas, aunque en general, se fijan bases de actualización, que permiten que la pensión se vaya ajustando constantemente a las necesidades de las partes.⁹⁰ En adición, el Artículo 102 del mencionado compendio legal, establece que se deberán fijar las contribuciones a las cargas del matrimonio, para poder determinar

⁸⁸ Ley 30/1981 (España), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y matrimonio. Artículo. 97. Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en la sesión celebrada el día 22 de junio de 1981.

⁸⁹ *Id.*, Artículo 99.

⁹⁰ *Id.*, Artículo 100.

cuáles serán los objetos de la sociedad conyugal que serán destinados a cualquiera de los dos esposos, tema sobre el cual ahondaré más adelante.⁹¹

1.2.5. Sin causa: 2005 - hasta la actualidad

Durante mucho tiempo, existió como pensamiento político, el nacionalcatolicismo, el cual está a favor del laicismo del sistema legal. La Iglesia y sobre todo Franco, fueron quienes lo impulsaron desde hace muchos años y solamente a partir de la muerte de dicho gobernante, el cual reinó después de la II República, se pudo eliminar el poder de la Iglesia frente a la legislación española. Ahora este sistema se encuentra completamente en decadencia, en especial con las últimas reformas normativas, como la del cambio radical que contiene la última Ley española 15/2005.

Durante 1980 el pensamiento para muchos, era que a través del divorcio, “se anunciaba el fin de los tiempos por la corrupción moral y corrosión familiar que suponía la admisión del divorcio-remedio”.⁹² Pero bajo la ley que se menciona, vino una innovación radical, en cuanto al “abandono del sistema causalista propio de la Ley 30/1981, bajo cuya vigencia el cónyuge o los cónyuges que plantearan la acción de divorcio habían de acreditar la preexistencia de alguna de las causas de divorcio legalmente preconfiguradas.”⁹³

Efectivamente, el divorcio de acuerdo a lo establecido en el Artículo 86 de la vigente ley, podrá ser “a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el Artículo 81”⁹⁴, es decir, siempre que hayan transcurrido al menos tres meses desde que se haya celebrado el matrimonio y que conste como acompañamiento a la

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² C. Lasarte. *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil*, p. 102. *Óp. Cit.*

⁹³ *Id.*, p. 104.

⁹⁴ *Ibíd.*

demanda, un convenio regulador, conforme lo establece esta misma ley.⁹⁵ Existen excepciones en cuanto al requisito del transcurso del tiempo, para la habilitación de los cónyuges a instar la demanda de divorcio, recogido en el mismo Artículo 81:

No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.⁹⁶

Lo cual resulta completamente lógico, tomando en cuenta que las razones que empujaron al legislador a establecer un mínimo de tiempo de duración del matrimonio, son en primer lugar, para que las parejas que decidan deshacer un vínculo como el del matrimonio, deberán estar conscientes de todas las implicaciones que lleva, tanto en el ámbito civil, como en el ámbito religioso; y, por lo demás, para permitir que el vínculo se desarrolle y persista a pesar de los obstáculos que puedan presentarse y en caso de que ello no ocurra, tener la opción de romper dicho vínculo. En definitiva, es por ello que se elimina el requisito mencionado, cuando la realidad exige medidas inmediatas.

Además, se admite la reconciliación de los cónyuges, la cual suspende completamente el proceso que haya sido iniciado, de acuerdo al Artículo 84, con la única condición de que se haga tener conocimiento de este suceso, al juez que estuviere tramitando el divorcio, para que se ponga término al procedimiento y se deje sin efecto todo lo que se hubiere decidido hasta ese momento.⁹⁷

Respecto de la pensión compensatoria, una de las modificaciones que se dan al Artículo 97 de la Ley 30/1981, frente al mismo artículo en la Ley 15/2005, personalmente lo considero como un logro. Ello debido a que recoge a “cualquier otra circunstancia relevante”⁹⁸, para determinar el importe a pagarse, con lo que se deja cierta libertad, para que el juez determine, a su real saber y entender, y no se rija

⁹⁵Ley 15/2005 (España), por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Artículo 81. De 8 de julio de 2005. Boletín Oficial del Estado núm. 163.

⁹⁶*Ibíd.*

⁹⁷*Id.*, Artículo 84.

⁹⁸*Id.*, Artículo 97.

únicamente por las reglas establecidas taxativamente, pues se sabe que la ley, puede dejar de lado aspectos importantes, que deben ser tomados en cuenta.

Con los avances alcanzados por la legislación española, podemos ver que existe una transformación de conceptos del divorcio-sanción, para llegar finalmente al concepto de divorcio-remedio, lo cual en el Ecuador, no ha ocurrido, pues nos hemos quedado en el mismo concepto de divorcio, desde que fue instaurado en nuestra legislación.

“[S]i el legislador proporciona únicamente el “remedio” del divorcio hace un agravio mucho mayor, por cuanto se verán forzados a usar de él muchos ciudadanos contra la íntima convicción de sus consecuencias.”⁹⁹ Refiriéndose a los católicos y a quienes consideran que el divorcio es indisoluble.

1.3. Concepciones del divorcio

La denominación que ha tenido el divorcio, ha variado de acuerdo a la noción que se ha tenido de éste, ya sea criticándolo o por el contrario, destacando el objetivo para el cual fue pensado y creado, para luego ser aplicado. Para esta denominación, se ha empezado desde la evolución del Derecho en sí mismo y para ello debemos analizar cómo era esta institución en un principio.

Se han acuñado varios términos como “separación no vincular”, “divorcio imperfecto”, “divorcio semiperfecto”, “separación de cuerpos”, “separación conyugal” o sólo “separación”. Incluso la legislación canónica ha tomado la posición de distinción entre la separación llamada “vincular” y el divorcio como tal. Tanto es así, que uno de los autores más influyentes en esta materia, como lo fue Juan Larrea Holguín ha expresado que:

Las diversas legislaciones varían no sólo en las denominaciones sino también en el régimen mismo de la institución, pero en todo caso coinciden con el principio de respeto a la indisolubilidad del vínculo, y por consiguiente, a la prohibición de que los cónyuges

⁹⁹J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III*. Ecuador, 2005. p. 351.

vuelvan a casarse con otra persona mientras el matrimonio no se disuelva por su causa natural que es la muerte.¹⁰⁰

De acuerdo a este tan reconocido autor en la materia, defensor del conservadurismo, es indiferente como se pueda denominar a la ruptura del vínculo conyugal, así como las diferencias en cuanto al sistema que lo regule; sin embargo, a lo que sí se le da relevancia, es a la permisión de una causa única que lo ocasione, la cual se da por mera acción de la naturaleza.

Existen dos concepciones del divorcio, ya sea al observarlo como sancionador o castigador al cónyuge que se haya acomodado a una o más causales del ordenamiento jurídico; o, al verlo como remediador de la crisis matrimonial existente, frente a la cual, la única solución sería el divorcio. Enseguida revisaré a ambas concepciones relevantes a mi tema.

1.3.1. Concepción conservadora: Divorcio sanción

Cabe resaltar que desde la primera ley que instituyó el divorcio como tal, tanto en Ecuador como en España, ya se hablaba del componente de culpabilidad o no. Solamente fue después, en donde entraron en vigencia los “hechos o razones que nada tienen que ver con la culpa”.¹⁰¹ Incluso se hablaba de dolo, partiendo de la teoría de que la voluntad de los cónyuges era la que los movía para configurar cualquiera o incluso varias de las causales estipuladas en la legislación, para dar paso al divorcio.¹⁰²

Puede decirse que predomina el concepto de **divorcio – sanción** en el que se obtiene por medio de juicio en contradictorio por las causales de ley; y que el concepto de divorcio-acto jurídico se compagina mejor con el divorcio por mutuo consentimiento.¹⁰³

Es por ello que se hablaba de que a través del divorcio se estaba sancionando al “culpable” o mejor dicho al *causante* de la disolución marital, y a su vez, protegiendo al esposo inocente, del daño que le pudo haber causado el primero. De igual manera,

¹⁰⁰ J. Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador Tomo II: Derecho Matrimonial*. p. 148. *Óp. Cit.*

¹⁰¹ J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 35.

¹⁰² *Id.*, p. 37.

¹⁰³ J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III*. p. 395. *Óp. Cit.*

anteriormente en la legislación española, se hablaba de “un expediente arbitrado por el legislador para dar salida a vidas matrimoniales rotas por la interferencia de causas que, han provocado el destrozo de la armonía conyugal”.¹⁰⁴ Se justificaba la *ratio legis*, “sancionadora de la separación, como castigo al culpable que perturba la paz del hogar y el derecho del cónyuge inocente [...] al respeto y atención constante [...]”¹⁰⁵; pues se decía que el cónyuge culpable, era quien debía sufrir una pena y debía asumir su responsabilidad, por haber causado la ruptura del matrimonio.

Partiendo del concepto de culpabilidad, en cuanto al procedimiento a seguir respecto de las causas de divorcio, los únicos legitimados para accionar, eran los cónyuges inocentes, es decir, aquéllos que no hayan incurrido en ninguna de las causales establecidas en ninguna de las legislaciones, pues el otro esposo, por el hecho de ser culpable, no era merecedor, de *beneficiarse de su propio dolo*.¹⁰⁶ A diferencia de lo que ocurre en España, en el Ecuador este concepto, sigue siendo ejecutado hasta la fecha, en donde no se ha logrado una secularización de manera completa.

1.3.2. Concepción liberal: Divorcio remedio

Para comenzar a definir esta concepción, citaré a Juan Isaac Lovato cuando establece que:

El principio **sine culpa**, es más antiguo que la culpabilidad, en el divorcio. [...] [A]ntes de que el Estado fijara la responsabilidad penal y civil, apareció, surgió la incompatibilidad de caracteres, la falta de armonía entre los cónyuges, que les obligara a dar por terminado el matrimonio.¹⁰⁷

Bajo esta teoría, se entiende que el divorcio muchas veces por el mismo hecho de no ser producto de la culpabilidad o causa de ninguna de las dos partes involucradas en el matrimonio, puede ser más la solución a los problemas conyugales o incluso familiares; y, partiendo del hecho de no haber existido la adecuación a ninguna

¹⁰⁴ F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. pp. 514-515. *Óp. Cit.*

¹⁰⁵ H. y B. Alonso. *La ley del divorcio causará graves males en muchos matrimonios*. p. 39. *Óp. Cit.*

¹⁰⁶ F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. p. 520. *Óp. Cit.*

¹⁰⁷ J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 37. *Óp. Cit.*

causal¹⁰⁸ por parte de los esposos, no sería una sanción, sino un remedio a la crisis existente.

Juan Isaac Lovato cita a Wilhelm Kahl, quien presentó en un proyecto de ley, con reformas al matrimonio en la legislación alemana. Éste dijo que “[e]l divorcio puede tener lugar cuando por cualesquiera causas resultare imposible la convivencia marital, sin que exista culpabilidad por parte de los cónyuges”.¹⁰⁹ Con lo que se puede ver, que resulta muy importante el hecho de que las sociedades hayan entendido esto, pues gracias a ello, las partes pueden encontrar una salida a los problemas personales, que no se haya podido encontrar antes, ello sin que las leyes impongan sanción alguna.

Es preciso señalar que en la práctica, existen ciertas circunstancias en las que el mismo cónyuge *culpable*, es quien puede pedir el divorcio, por lo que el sistema de divorcio por causales, no necesariamente logra resarcir el daño que pudo crearse por haberse adecuado a alguna causal.

Para los partidarios de este tipo de divorcio, éste “es el único *remedio* a un hogar corroído por la pasión del odio, el desorden y la intensa y contaminante desarmonía”¹¹⁰, la cual no necesariamente fue causada por uno solo de los cónyuges. Tampoco se concibe que existe intención de una de las partes, para que el matrimonio deje de funcionar, sino que por el contrario, se derivó de la diaria convivencia de éstos bajo un mismo techo, que puede darse por ejemplo por la incompatibilidad de caracteres. Este tipo de divorcio por su misma concepción, admite “la tesis del divorcio por discrepancia objetiva o mutuo consentimiento”.¹¹¹

Esta posición respecto del divorcio, se ha acogido en algunas legislaciones, tal como es el caso de España, en donde se entendió, que el divorcio tiene como función, el detener los problemas conyugales, que afectan directamente a la misma familia y no

¹⁰⁸Partiendo del hecho de que en este sistema las causales no existen.

¹⁰⁹ K. Wilhelm en J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 38. *Óp. Cit.*

¹¹⁰ F. Puig Peña. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. pp.507-508. *Óp. Cit.*

¹¹¹ *Id.*, p.510.

a causarle más daños, los cuales pueden ser causados en mayor manera, al seguir casados los esposos, reflejando día a día sus problemas en el hogar.

2. CAPÍTULO II: Sistemas de divorcio: Comparación del Sistema Ecuatoriano con el Español

2.1. Ecuador

Para comenzar, considero importante señalar el sistema que ha primado en el Ecuador y lo sigue haciendo.

Nuestra ley establece el divorcio vincular, perfecto.

La funda en la llamada “justa causa”, y en el mutuo consentimiento de los cónyuges.

El divorcio puede ser culpable, o “**sine culpa**”.

Las causas de divorcio están taxativamente enumeradas en la ley.¹¹²

En nuestro país, la institución de divorcio ha ido evolucionando, desde tener influencia absoluta de la Iglesia católica a tenerla, pero en menor medida. Cabe recalcar que ésta nunca ha dejado de estar presente. Es así que se puede ver, que hasta la actualidad existen residuos del pensamiento católico en cuanto al concepto que hasta hoy se maneja, el de *divorcio-sanción*, o llamado también divorcio contencioso¹¹³, el cual parte de la culpabilidad de uno de los cónyuges, por haberse acomodado a una de las causas legales establecidas en la legislación civil. Al hacerlo, al cónyuge se le limitan algunos de los privilegios que tiene el otro cónyuge, como por ejemplo la prohibición de poder iniciar la acción de divorcio.

[...] [L]as causales deben servir de fundamento para obtener el divorcio solamente a aquél cónyuge en quien no se halle la causa o que no sea culpable de ella. De otro modo tendríamos el absurdo jurídico de que alguien podría beneficiarse de su propio dolo o culpa.¹¹⁴

Efectivamente, se puede apreciar como el Código Civil está inclinado mayormente por la tesis sancionadora, al establecer que solamente el *cónyuge perjudicado* podría pedir el divorcio. A pesar de que el término *perjudicado* al ser interpretado de manera literal, podría ser meramente subjetivo, cuando “lo que la ley debe tomar en

¹¹² L. Fernández Clérigo. *Derecho de Familia en la legislación comparada*. En J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 228. *Óp. Cit.*

¹¹³ L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. Quito: Editorial de la Universidad Particular de Loja, 2005. pp. 284, 285.

¹¹⁴ J. Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Tomo II: Derecho Matrimonial*. p. 163. *Óp. Cit.*

consideración es el perjuicio real, la culpabilidad o conducta dolosa que producen el perjuicio, y no la apreciación subjetiva de una parte litigante.”¹¹⁵; pero que en la práctica no se da. Cabe recalcar que en nuestra legislación civil no existe una definición de la culpabilidad como tal, y es por ello que se entiende se debe recurrir al concepto penal, tal y como sucede con algunas de las causales, como se podrá observar en adelante.

Para la doctrina penal, la culpabilidad es un elemento subjetivo, que “se centra en la conciencia y voluntad que dirigen el acto del sujeto activo.”¹¹⁶, y se inclina por la tesis llamada la *culpabilidad por el hecho*, en la cual solo se toma “en cuenta la actitud del autor respecto de la acción.”¹¹⁷ Sin embargo, estas consideraciones no han sido analizadas con profundidad en el ámbito civil, a pesar de la importancia que se le da a la culpabilidad en las causas legales y es por ello que solamente se aprecia la del ámbito penal. Aún así, en los procesos la culpabilidad se califica, únicamente a través del incumplimiento de las obligaciones maritales, que se verifica al acomodarse uno de los cónyuges a una de las causales prescritas en nuestro Código Civil.

A pesar de que en el Ecuador se maneja un sistema de divorcio-sanción, que parte de la culpabilidad de uno de los cónyuges, sí existen causales en la legislación reconocidas como *inculpabas*¹¹⁸, como por ejemplo las enfermedades graves o la toxicomanía, que como tal, también constituye una enfermedad y no dependen de la voluntad del cónyuge.¹¹⁹

Si bien autores como Larrea Holguín, a pesar de mostrar su aprobación al presente sistema, también tiene críticas al mismo, debido a cierta falta de tecnicidad legislativa, que deriva en problemas prácticos en el momento en el que deben ser probados en

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ E. Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General*. Cuarta Edición. Quito: Ediciones Legales S.A. p. 183.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ El término *inculpabas* es utilizado por J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998. p. 207, al cual haré referencia a lo largo de la tesina y se refiere a las causales inculpables.

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 207.

juicio, alargando y dificultando de esa manera el proceso de desvinculación de los cónyuges.

[...][L]a tipificación minuciosa hecha por la ley respecto de algunas causales, impide la interpretación extensiva que se produce a veces en tribunales extranjeros; pero desgraciadamente, contrasta con dicha minuciosa descripción de unas causas (por ejemplo la tercera), con la vaguedad e indeterminación de otras (por ejemplo “sevicia”).

Los problemas reales de la interpretación de las causales y la dificultad de las pruebas de éstas, se podrá verificar en la jurisprudencia, a revisarse posteriormente.

2.1.1. Por mutuo consentimiento

En 1910 cuando se admite una *extra causa* para que el divorcio pueda darse, apartándose un poco de esta manera, al concepto que dominaba a la época, pues deja de necesitarse del elemento de culpabilidad, como requisito indispensable para la disolución matrimonial, se introduce el concepto del divorcio por mutuo consentimiento al país.

En las leyes anteriores se había establecido sólo el principio de culpabilidad como fundamento del divorcio, la Ley de 30 de septiembre de 1.910, aceptó no el principio **sine culpa**, sino el extracausal, como fundamento de la disolución del matrimonio [...] ¹²⁰

A pesar de que se hablaba de una nueva causal, ya se explicó en el capítulo anterior, que conceptualmente es incorrecto, pues no hay adaptación a una causa en particular, sino que por el contrario, es producto del convenio entre los cónyuges. El cual se ajusta más al concepto de *divorcio-remedio*, y es por ello que se puede decir que si bien la influencia religiosa en las leyes del Ecuador, ya no es absoluta, se sigue manteniendo presente.

Este tipo de divorcio, no se da necesariamente por la comprobación de que no existió culpabilidad de una de partes, aquí lo relevante es que éstas simplemente lograron llegar a un acuerdo, muchas veces sólo para alcanzar un proceso de disolución

¹²⁰J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 71. *Óp. Cit.*

vincular más ágil y fácil. Sin embargo, en realidad bien podría llevar por detrás una causal tipificada, que se la quiere esconder por efectos prácticos, pues como se verá más adelante, el procedimiento en este tipo de divorcio es mucho más rápido que el contencioso. “[A]un en presencia del consentimiento mutuo de los cónyuges se encuentran una o muchas causas motivantes de divorcio, mas dichas causas no desempeñan papel alguno en el procedimiento judicial. No se plantean, no se analizan ni se califican.”¹²¹

Bajo este sistema, no se tiene que alegar la adecuación a ninguna causa legal, sino únicamente a una de orden personal, el querer divorciarse. Sin embargo, “si en la audiencia de conciliación no se llegare a un acuerdo sobre la protección personal, educación y sostenimiento de los hijos menores de edad, el asunto se vuelve contencioso; y esto hace necesario conceder término de prueba.”¹²² Cabe recalcar que el divorcio por mutuo consentimiento no se presenta en forma de demanda, sino a manera de solicitud conjunta de los cónyuges.

Existen dos modalidades a desarrollarse en el caso de que se tengan hijos dentro de matrimonio, de acuerdo a si los consortes lograron un acuerdo respecto de los intereses de éstos o no. En el primer caso, el proceso es mucho más fácil, y será revisado en capítulos posteriores. Respecto del segundo, tomando en consideración que no atañe al tema central de esta tesina, no será revisado.

2.1.2. Divorcio por causales o también llamado contencioso

El divorcio llamado contencioso o por causales, parte del hecho de que solamente existe la voluntad de uno de los cónyuges, mientras que el otro, desea hacer subsistir el vínculo conyugal por distintas razones, incluida la de evitarse pasar por un proceso largo, tedioso y difícil, como éste. Necesariamente el que pueda entablar la acción de divorcio, será el *agraviado*, o quien no se haya acomodado a la causa legal. “[L]as

¹²¹L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 287.Óp. Cit.

¹²²J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 217.Óp. Cit.

causales deben servir de fundamento para obtener el divorcio solamente a **aquél cónyuge en quien no se halle la causal y que no sea culpable de ella.**»¹²³

Cabe recalcar que este tipo de divorcio debe resolverse necesariamente en un juicio, por la vía verbal sumaria. Como se explicará posteriormente, dichos juicios pueden traer mayor sufrimiento y pesar, al ser bastante largos, e incluso al existir la posibilidad de que sean rechazados por falta de prueba, debido a la dificultad que existe para demostrar las causas legales establecidas en nuestro Código Civil.

Respecto de ello, si bien la intención del legislador era intentar proteger el vínculo matrimonial, con actos o hechos bastante comunes a la realidad que a su consideración, podían afectar al otro cónyuge, no se tomó en cuenta la dificultad que puede existir en la etapa probatoria, que en definitiva, puede llegar a desestimar un proceso de divorcio con causas que sean reales, pero que simplemente no se hayan podido probar, debido a los obstáculos que existen para hacerlo.

Existen varias diferencias tanto prácticas como conceptuales, a darse respecto de los dos sistemas de divorcio que existen en el Ecuador. En el consensual, no hay necesidad de la adecuación de uno de los cónyuges a una o más causales establecidas en la ley, para que éste pueda proceder, razón por la cual se podría decir que la acción de divorcio es imprescriptible¹²⁴ mientras dure el matrimonio, pues no hay una limitación en el tiempo para poder pedirlo.

Por el contrario, en el contencioso, resulta indispensable el ajuste a una de las causales que se detallarán más adelante, y dependiendo de la causal, la acción de divorcio prescribirá en un año contado ya sea a partir de que *el perjudicado* tuvo conocimiento de la causa, desde que el cónyuge *culpable* se acomodó a la causa, desde que cesó la causa, etc.¹²⁵

Resaltando la concepción de divorcio-sanción y la culpabilidad como elementos preponderantes en nuestra legislación civil, Luis Parraguez trae a consideración que

¹²³J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 359. *Óp. Cit.*

¹²⁴L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia.* Volumen I. p. 300. *Óp. Cit.*

¹²⁵Código Civil del Ecuador, Artículo 124. Registro Oficial Suplemento No. 58 del 12 de julio de 2005.

[U]no de los cónyuges que haya dado lugar al divorcio por su culpa trae aparejada algunos efectos jurídicos de consideración, tales como la inhabilidad para la tuición de los hijos, la pérdida a derecho a la quinta parte de los bienes de otro cónyuge, eventual indignidad para suceder, etc.¹²⁶

Por lo que, bajo este sistema conceptual, es independiente la condición económica en la que puedan quedar los consortes después del divorcio o la calidad de buen padre o madre que pueda tener respecto de sus hijos, para que pueda ser privado del cuidado de ellos. Con esto, se puede apreciar otra diferencia, entre los sistemas de desvinculación matrimonial, de Ecuador y España, del cual se hablará posteriormente.

2.1.2.1. El adulterio de uno de los cónyuges

En la primera Ley de Matrimonio Civil, el adulterio solamente se consideraba como causal de divorcio perfecto si era cometido por la mujer, debido a que en la época se consideraba que el hombre podría recibir mayor perjuicio o verse dañado más profundamente con dicho acto. Se decía que el hombre cuando buscaba a otra mujer, lo único que buscaba era satisfacer placeres meramente físicos y por ende la infracción solo era cometida respecto de ese ámbito. Y que por su lado, la mujer buscaba afecto en el acto adúltero, pues esa es su naturaleza, entonces en realidad, se estaría cometiendo dos infracciones, no sólo la física, sino la moral también.¹²⁷

En la actualidad, se ha logrado entender que ese pensamiento es completamente irrelevante al caso, pues si bien la mujer comúnmente asocia el placer sexual con el cariño que puede recibir de su pareja, no necesariamente se da esta situación; así como el hombre no necesariamente sólo busca satisfacción sexual al cometer adulterio, pues también puede buscar afecto. Entonces, lo relevante que se sigue viendo hasta la actualidad, es el incumplimiento de una de las obligaciones estipuladas a ser cumplidas en el matrimonio, la cual es la *fidelidad*, independientemente de cuál haya sido la intención que se haya tenido, al ajustarse a esta causal.

¹²⁶L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 300. *Óp. Cit.*

¹²⁷J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. pp. 73-74. *Óp. Cit.*

En el caso en el que uno de los cónyuges consienta en que el otro, tenga relaciones sexuales con otras personas, como sucede con las prostitutas, no se considera como que existe infidelidad, la cual existirá en el caso que, en instancia distinta de su trabajo, la esposa mantenga relaciones sexuales con persona diferente de su marido, lo cual deberá ser probada a través de presunciones claras, inequívocas y concluyentes, y que a su vez sean suficientes para que el juez confirme la existencia del adulterio y así declare en sentencia, disuelto el vínculo matrimonial que une a los cónyuges.¹²⁸

A pesar de que la palabra *fidelidad* no se encuentra expresamente establecida en las obligaciones mutuas de los cónyuges, se entiende que cuando se estipula que éstos “deben guardarse fe”¹²⁹, significa que deben ser fieles el uno al otro. La significación que se acoge en nuestro sistema, se debe a la influencia católica siempre presente en nuestra normativa, la cual proviene de la Biblia y con ello podemos confirmar una vez más, que hasta la presente no ha habido una separación absoluta entre la Iglesia y el Estado, porque las palabras anteriormente citadas, siguen siendo parte del actual Código Civil.

En adición, cabe recalcar que no solamente se fundaban en la razón expresada anteriormente, para que esta causal de divorcio pueda cometerse únicamente por la mujer. También se pensaba que ésta, al poder engendrar hijos adulterinos, no sería justo para su esposo que los tenga a su cargo, ni para sus otros hijos compartir los bienes que serían solo de su padre. Respecto de este tema, se hace la diferenciación con el adulterio del hombre, pues se alega que los hijos que puedan ser resultado de la causal del divorcio imperfecto, no quedarían bajo el cargo del hombre, pues los hijos regularmente se quedaban con la mujer y no serían parte de su carga familiar, por lo que ni su esposa ni sus hijos legítimos tendrían que compartir sus bienes, con un hijo producto del adulterio.¹³⁰

¹²⁸Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Casación. Gaceta Judicial 11, de 23 de enero de 1983. Serie XIV. p. 2466.

¹²⁹Código Civil del Ecuador, Artículo 136. 2005. *Óp. Cit.*

¹³⁰J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 74. *Óp. Cit.*

Se podría entender que la preocupación del legislador en este último sentido, era además de moral, económica, debido a que lo que se intentaba precautelar, era el patrimonio de la familia y en particular de los bienes de los hijos legítimos. Sin embargo, en el presente se ha logrado entender que los así llamados en esa época, hijos ilegítimos, tienen los mismos derechos frente a los legítimos, pues ambos son hijos biológicos de sus progenitores, independientemente de que éstos no lleven un vínculo matrimonial que los una.

Cabe resaltar que incluso antes de que se acepte en el Ecuador, al matrimonio civil como una institución válida, ni mucho menos al divorcio; el Código Penal de 1871, ya hablaba del adulterio como un delito tipificado en nuestra legislación, es así que el Artículo 415 establecía como pena 3 a 5 años de prisión, a la mujer que lo cometiera y también a su cómplice, en caso de tenerlo; sin embargo, la pena podría ser condonada por su esposo, en caso de que accediera a tomarla de nuevo. Los únicos casos en los que no se configuraba el delito, era si es que el mismo esposo consintió en el trato ilícito de su mujer, si la había abandonado o si se había separado arbitrariamente.¹³¹

La normativa penal que contenía al adulterio como delito, establecía que la pena de este delito podía cesar, únicamente en el caso en el que exista el perdón del marido.¹³² Finalmente en 1983 se lo derogó por completo, en el Artículo final del Código de Procedimiento Penal.¹³³

Es así que el marido *ultrajado* tenía dos acciones en contra de la mujer adúltera, tanto la civil como la penal, pues como era *culpable*, debía ser sancionada por sus actos.¹³⁴ Independientemente de que el delito de adulterio fue retirado de nuestra legislación penal, la causal de divorcio se mantiene hasta nuestros días.

¹³¹Código Penal del Ecuador, Artículos 415-417. Registro Auténtico No. 1871 del 3 de noviembre de 1871.

¹³²Código Penal del Ecuador, Artículo 113. Registro Oficial Suplemento No. 147 del 22 de enero de 1971.

¹³³Código de Procedimiento Penal del Ecuador, Artículo Final. Ley No. 134, Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.

¹³⁴J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 76. *Óp. Cit.*

Posteriormente la ley admitió como causal ya no solo de divorcio imperfecto, sino de divorcio perfecto el adulterio del marido y solo fue hasta la Ley de Matrimonio Civil de 1935, en donde se estableció que se admitía como causal de divorcio al adulterio de ambos cónyuges, sin importar cuál de los dos lo hubiere cometido,¹³⁵ concepto mantenido hasta la actualidad, de acuerdo a lo determinado en la última publicación del Código Civil.

El problema central en esta causal, es la dificultad que existe en probar que efectivamente se cometió el acto adúltero, debido a las implicaciones que se tiene. La mayor parte de la jurisprudencia demuestra como se aceptan los testimonios como prueba concurrente, es decir, que existan además de esa, otras pruebas y que todas ellas, lleven a la misma conclusión de manera irrefutable.¹³⁶ “Como el divorcio por adulterio, cuya acción debe ser propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado se perpetra en la intimidad, está sujeto a prueba conjetural que debe ser apreciada por el Juez considerando las presunciones graves, precisas y concordantes.”¹³⁷ Cuando no lo hacen, simplemente se ha llegado a la conclusión de que han existido conductas *dudosas*, mas no adulterinas, como tal.

2.1.2.2. Sevicia

Respecto de la sevicia atroz, cabe recalcar que se mantiene vigente hasta la presente fecha, aunque se haya eliminado la palabra “atroz”, debido a que la sevicia ya de por sí constituye un maltrato. Es por ello, que se consideró que sigue constituyendo un hecho grave, sin que lleve el calificativo “atroz”, para que pueda concederse el divorcio en la legislación ecuatoriana. De hecho, la definición de esta causal (sevicia), realizada por Guillermo Cabanellas de Torres, es: “[T]oda crueldad o dureza excesiva con una persona; y, en particular, de los malos tratos de que se hace víctima al

¹³⁵Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Artículo innumerado (26). 1935. *Óp. Cit.*

¹³⁶L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. pp. 304-305. *Óp. Cit.*

¹³⁷Corte Suprema de Justicia. Cuarta Sala de Casación, de 30 septiembre de 1985. Gaceta Judicial. Serie XIV. No. 10, p. 2298.

sometido al poder o autoridad de quien así abusa.”¹³⁸ Por lo que claramente podemos ver, que no existe la necesidad de la palabra “atroz”.

Lo interesante de que esta causal no lleve ninguna otra palabra o explicación consigo, es que podría llevarse a una interpretación extensa en cuanto a su aplicación, es decir, podría considerarse como causal de divorcio, la sevicia inferida a los hijos concebidos en matrimonio, por ejemplo y no solamente del un cónyuge hacia el otro. Pero respecto a ello, se ha establecido claramente que esta causal, se refiere únicamente a las actitudes que puede tener un cónyuge frente al otro,¹³⁹ partiendo de la premisa de que solamente el cónyuge víctima tiene la acción de divorcio por causales.

Y en cuanto a los maltratos inferidos hacia los hijos, serán tomados en consideración, bajo lo establecido en la legislación de la niñez y adolescencia, en donde se precautelan los intereses y derechos de los éstos, al suspender o privar de la patria potestad al progenitor, de acuerdo a la gravedad del llamado maltrato.

La escasa jurisprudencia que se ha encontrado acerca de esta causal, habla de la sevicia atroz, la cual como ya se expresó, no tiene mucha diferencia con la actual sevicia, y se establece que se configura al existir: “tratamiento habitualmente cruel, que pone en peligro la salud y la vida”,¹⁴⁰ elementos esenciales de dicha causal.

Luis Parraguez concluye que la sevicia “consiste en malos tratamientos tanto corporales o por vías de hecho como morales, cuya habitualidad y gravedad revelan crueldad excesiva por parte del autor, al mismo tiempo que son suficientes para poner en peligro la vida, la integridad o la salud de quien los sufre.”¹⁴¹ Si bien la gravedad es de cierta manera, más fácil de determinar, en cuanto a la habitualidad, Guillermo Cabanellas de Torres establece que es: “el estado durable, la permanencia de los

¹³⁸G. Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. Ed. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Decimoséptima edición. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 2005. p. 355.

¹³⁹J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. p. 209. *Óp. Cit.*

¹⁴⁰Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 9, de 2 de diciembre de 1912. Serie III, p. 1627.

¹⁴¹L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. pp. 309-310. *Óp. Cit.*

hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto.”¹⁴² Es decir que, los malos tratamientos pueden ser ejecutados mediante varias maneras, pero además deben ser permanentes, o repetitivos, por lo que el que se configure un hecho de estas características de manera aislada, no permite que se conforme la causal.

2.1.2.3. Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial

Cabe señalar que la actual redacción de esta tercera causal, en nuestro Código Civil, fue instaurada con la reforma de la Ley 43 de 1989, en donde se cambió la palabra “y” por “o” en la primera parte de esta causal, quedando “injurias graves o actitud hostil” y ya no “injurias graves y actitud hostil”. Esto nos demuestra que se configuran dos causales en una, es decir, que se pueden pedir por separado, al no ser necesario que concurren ambas, para que se pueda decretar el divorcio, aunque bien podría ocurrir.¹⁴³ La jurisprudencia nos aclara esta particular, además de establecer los requisitos para que se configure la actitud hostil:

[E]ste numeral del Art. 109 del Código Civil contiene dos causales específicas y autónomas de divorcio: a) Injurias graves; y, b) actitud hostil. En la especie, la causal que se invoca es actitud hostil, cuyos elementos son los siguientes: 1) Debe existir un comportamiento de agresión sistemática de un cónyuge por acción u omisión, que revele claramente enemistad y la intención de perturbar al otro; 2) la actitud hostil debe manifestar claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades. La Ley no exige gravedad de cada actitud hostil; 3) Este estado habitual de falta de armonía de los cónyuges debe darse "en la vida matrimonial"; y, por tanto esta causal no puede ser invocada por cónyuges que se encuentran separados; 4) La demanda por esta causal debe ser presentada por el cónyuge agraviado o perjudicado.¹⁴⁴

La Corte Suprema en cuanto al tercer numeral citado anteriormente, ha tenido el criterio dividido, pues si bien aquí se manifiesta que el estado habitual de falta de armonía entre los cónyuges, solamente puede darse en su vida matrimonial, hay jurisprudencia que reconoce que no hay incompatibilidad al proponer divorcio por esta

¹⁴²G. Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. p. 180. *Óp. Cit.*

¹⁴³J. Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador. Tomo II: Derecho Matrimonial*. p. 210. *Óp. Cit.*

¹⁴⁴Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Casación, de 21 de Junio de 2007. Gaceta Judicial. Serie XVIII, No. 5. p, 1805.

tercera causal, en conjunto con la de abandono.¹⁴⁵ Se dice también que la falta de armonía debe presentarse únicamente respecto de la actitud hostil y ya no en cuanto a las injurias, debido a la redacción de la causal en el Código, pues se concibe en singular y no en plural.¹⁴⁶

Según Luis Parraguez: “La repetición prolongada de los comportamientos agresivos puede interpretarse como cuadros de enemistad y dar cuenta de un estado habitual de desarmonía en el matrimonio.”¹⁴⁷, por lo que si es meramente transitorio u ocasional, no es suficiente para que pueda concederse el divorcio, asimismo el juez considera “la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse”¹⁴⁸, pues si los consortes vienen de un medio social económico humilde, y si su nivel de educación es básico, es mucho más común que tengan un trato de mayor dureza, al cual están habituados y por ende, allí no se podrían aplicar ni la habitualidad ni la gravedad como elementos indispensables de injurias.

De acuerdo a la definición descrita por Guillermo Cabanellas de Torres, dentro las injurias pueden estar consideradas tanto las de palabra, como las de obra “con intención de deshonorar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable o sospechosa a otra persona, ponerla en ridículo o mofarse de ella.”¹⁴⁹ Se ha tomado en consideración el concepto de injurias desde el punto de vista penal, para poder clarificar en qué consiste, lo cual está tipificado actualmente desde el Artículo 490 en adelante.¹⁵⁰

Aunque también se establece que no solo las acciones, sino incluso también las omisiones, podrían ser consideradas injurias, como las que devienen del incumplimiento de deberes conyugales,¹⁵¹ tales como el de guardarse fidelidad entre los cónyuges, establecido en nuestro Código Civil. Lo cual concuerda con lo establecido en

¹⁴⁵J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. p. 211. *Óp. Cit.*

¹⁴⁶L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 320. *Óp. Cit.*

¹⁴⁷*Id.*, p. 319.

¹⁴⁸Código Civil del Ecuador. Artículo 110, penúltimo inciso. 2005. *Óp. Cit.*

¹⁴⁹G. Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. p. 201. *Óp. Cit.*

¹⁵⁰Código Penal del Ecuador. Artículo 490 en adelante. 1971. *Óp. Cit.*

¹⁵¹L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. pp. 312, 313. *Óp. Cit.*

el voto salvado de una sentencia de 5 de marzo de 1991 de la Corte Suprema: "...en sentido lato, es injuria toda expresión o acción ejecutada en deshonra, afrenta o menosprecio de otra persona."¹⁵²

En adición, según la doctrina, éstas deben reunir ciertos requisitos, como lo son: "ser graves, habituales y que manifiesten un estado de enemistad (actitud hostil) y no simple desavenencia transitoria".¹⁵³

Por otro lado, se dice que se mantendrán como injurias, siempre y cuando no lleguen al extremo de sevicia; respecto de ello hay jurisprudencia que demuestra que la diferencia entre ambas causales, no está del todo clara, y en realidad el elemento de gravedad es el decisivo para su distinción, en el momento de la prueba, lo cual queda a entero criterio del juez. En esta sentencia de tercera instancia, el demandado al oponer sus excepciones, manifiesta: "Que, en cambio sobre la agresión física, si bien nunca ha tenido lugar ésta "...no es causal de injuria a lo que en el fundamento de derecho se refiere la actora en su demanda, aquello sería sevicia, que es otra causal distinta a la señalada."¹⁵⁴ Aunque efectivamente la actora comprobó que fue víctima de injurias.

Finalmente, cabe mencionar que la jurisprudencia ha establecido, para Larrea Holguín, de manera acertada, que si es que las injurias son recíprocas, al igual que lo establece el precepto penal, establecido en el Artículo 496,¹⁵⁵ ya no existe ofensa a uno de los cónyuges en particular¹⁵⁶, y por ende ya no existe causal. Esto tiene mucha lógica, pero a mi parecer, lo que sí se demuestra, es la falta de armonía que existe en la vida matrimonial, o la incompatibilidad de caracteres, como establece Luis Parraguez.¹⁵⁷ Se debe analizar que en realidad lo determinante para que un matrimonio

¹⁵² Voto salvado de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 11 de 5 de marzo de 1991. Serie 15. p. 3303, citado por L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 312. *Óp. Cit.*

¹⁵³ J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. p. 210. *Óp. Cit.*

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Juicio Verbal Sumario No. 131-2004 Expediente 281, Registro Oficial Suplemento 14, 1 de Febrero del 2008. En la cita existen dos juegos de comillas, debido a que en la sentencia, citan a las excepciones del demandado.

¹⁵⁵ Código Penal del Ecuador. Artículo 496. 1971. *Óp. Cit.*

¹⁵⁶ J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. p. 210. *Óp. Cit.*

¹⁵⁷ L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 322. *Óp. Cit.*

concluya, es el deterioro que se ha arraigado en la relación de pareja, bien sea a través de las injurias o de la actitud hostil. Si bien a través de la reforma de 1989, ha sido más fácil probar esta causal, al no tener que ser concurrentes los elementos, sigue existiendo un obstáculo en materia de la prueba.

2.1.2.4. Amenazas graves de un cónyuge hacia la vida del otro

Para esta cuarta causal, empezaré con las definiciones que nos brinda el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, donde el acto de amenazar como tal es: “Dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien.”¹⁵⁸. Por otro lado, se define a la amenaza como: “Delito consistente en intimidar a alguien con el anuncio de la provocación de un mal grave para él o su familia.”¹⁵⁹, tomando en cuenta que en esta causal, no se protege más que la vida del otro cónyuge y no la de sus hijos, concebidos o no dentro de matrimonio o inclusive a cualquier otro familiar, se plantea la incógnita del por qué de dicho límite. Es ciertamente una “limitación sin sentido, [...] [debido a que] (sic) de la misma manera, hacen inconveniente la continuación de la unión conyugal. [Por lo que] (sic) no habría otra alternativa que estimarlas como sevicia, aun cuando no se diera la habitualidad que esta requiere.”¹⁶⁰

Las amenazas no necesariamente deben ser frecuentes, pero sí es indispensable que la gravedad de las promesas sean considerables, es decir, que sean en contra de la vida del otro cónyuge, además deben ser serias, demostrando que existe intención real de cumplirlas.¹⁶¹

En la práctica, la distinción entre las primeras cuatro causales e inclusive respecto de la quinta, es realmente difícil de distinguir y mucho más de probar, tanto es así que en algunas demandas se proponen varias causas a la vez, si bien no hay incompatibilidad entre ellas, es preferible alegar la existencia de todas, pues con el

¹⁵⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2.0. <http://drae2.es/> (acceso: 24/03/2012).

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 323. *Óp. Cit.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

hecho de que se logre satisfacer la prueba de solamente una, ya es suficiente para que pueda decretarse el divorcio.¹⁶²

El límite que las divide es bastante delgado, y los aspectos diferenciadores entre los actos que pueden configurar las causales, son los siguientes: la gravedad, la habitualidad y hacia quién deben estar dirigidas; sin embargo, se resumen a la agresión existente dentro del hogar, lo cual demuestra una falta completa de armonía, e independientemente de quién haya sido el causante, la relación se encuentra resquebrajada.

Así como en varias de las causas legales establecidas en nuestro Código Civil, para que se pueda disolver el vínculo matrimonial que une a dos personas, en ésta, se deben tomar en consideración el grado de educación y la clase social a la que pertenecen, para que se perfeccione la causal. Por otro lado, la jurisprudencia respecto de la concordancia que puede existir entre esta causal y la de abandono, se ha pronunciado en sentido favorable, debido a que

Durante la ausencia del hogar por abandono de la cónyuge, puede o no haber habido de su parte injurias graves y actitud hostil contra el cónyuge, pero estimase que, en el conjunto, matrimonial, el solo abandono, originado por injurias y actitud hostil coadyuva y muestra la habitual desarmonía marital tenida por el Código Sustantivo Civil como causa de divorcio.¹⁶³

2.1.2.5. Tentativa contra la vida del otro cónyuge: autor o cómplice

En cuanto a la tentativa de uno de los cónyuges contra el otro, veremos que hubo pequeñas reformas a lo largo del tiempo, pero en la actualidad volvió a ser lo que era en un principio, con la diferencia de volverse definitivamente una causal de divorcio perfecto, ya que ya no existe la figura de la mera separación de cuerpos.

En esta causal nuevamente es importante que el juez observe las circunstancias particulares de los consortes, para poder verificar que se haya realizado el hecho, motivo de la causal alegada, o si es parte de la idiosincrasia de su clase económica y

¹⁶²Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Juicio Verbal Sumario No. 131-2004 Expediente 281, Registro Oficial Suplemento 14, 1 de Febrero del 2008.

¹⁶³Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación, de 15 de Abril de 1985. Gaceta Judicial. Serie XIV, No. 8. p. 1786.

social y que por tanto, no podría ser invocada como agresión dentro del matrimonio. La jurisprudencia ha descartado demandas de divorcio que se han alegado, debido a lo mencionado

La amenaza a que se refiere el testigo Fernando Montalvo, relativa a que Isabel González, después de inferirle una bofetada a su marido, le dijo que le "bebería la sangre", no puede estimarse como una tentativa de quitarle la vida, pues que, dado el humilde ambiente de la supuesta amenazante, expresiones de esa naturaleza son de uso frecuente en los disgustos que ocurren en esa clase de personas de escasa o ninguna educación social.¹⁶⁴

Cabe recalcar que existe una diferencia fundamental entre la amenaza y la tentativa contra la vida del otro cónyuge, pues mientras la primera se ejecuta únicamente mediante las palabras, la segunda se perfecciona cuando efectivamente el cónyuge "[...] practica medios idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, [y] (sic) responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica."¹⁶⁵, es decir, que se manifiesta a través de hechos y no queda solamente en palabras, independientemente de que éstos, no se hayan consumado, ya sea por factores externos a la voluntad del cónyuge, o por su mismo desistimiento.¹⁶⁶

El juez además debe calificar la calidad de autor o cómplice, según el caso, apoyándose en los conceptos penales de nuestra legislación, debido a que no existe una definición propia en Derecho Civil.¹⁶⁷ El primero es quien "asume la totalidad de la preparación y ejecución de un delito en sus distintas fases"¹⁶⁸ y los segundos son "[...] los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos."¹⁶⁹ La vinculación con el Derecho Penal, plantea la necesidad de que se declare cualquiera de las calidades anteriormente

¹⁶⁴Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 131 de 28 de Agosto de 1936. Serie V. Nro. 131. p. 3141.

¹⁶⁵Código Penal del Ecuador. Artículo 16. 1971. *Óp. Cit.*

¹⁶⁶L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 324. *Óp. Cit.*

¹⁶⁷*Id.*, p. 325.

¹⁶⁸E. Albán Gómez. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General*. p. 241. *Óp. Cit.*

¹⁶⁹Código Penal del Ecuador. Artículo 43. 1971. *Óp. Cit.*

señaladas (con sus debidas penas)¹⁷⁰, para que pueda ser efectivamente alegada como causal de divorcio, aunque a mi manera de pensar, el hacerlo, solo permitiría que el proceso de divorcio que de por sí ya es doloroso y largo, se extienda aún más, causando mayores estragos, que el hecho de solamente probarlos en el juicio de divorcio.

La ausencia de la dirección que podría tener esta causal frente a los hijos, permite que si es que la tentativa contra la vida de éstos se diera, debería ser comprobada mediante las causales de sevicia o de injurias graves.¹⁷¹ A mi parecer, el hecho de que hayan varias causales que traten de agresiones dentro del hogar, únicamente con las diferencias anteriormente mencionadas, vuelve al sistema poco práctico, pues cualquier tipo de agresión considerable, es motivo suficiente para que se demuestre la falta de armonía alegada en el Código Civil, y también lo es, para que los cónyuges puedan disolver un vínculo, que unido causa mayores daños que disuelto, sin que exista la necesidad de que concurran todos los elementos necesarios de cualquiera de las causales que implican agresiones.

2.1.2.6. Falta de paternidad de hijo concebido durante el matrimonio¹⁷² o también llamado *alumbramiento*¹⁷³

Sobre esta causal, la doctrina no se ha desarrollado ampliamente, debido a la similitud que tiene frente a la causal de adulterio, tomando en cuenta que ambas son producto del incumplimiento del deber conyugal, traducido en la infidelidad, si bien en esta causa legal, no se habla precisamente de infidelidad como tal, ésta se presume, además de su falta de sinceridad, debido a que no reveló su condición de embarazo, antes de concebir el matrimonio.¹⁷⁴

¹⁷⁰L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 308. *Óp. Cit.*

¹⁷¹*Id.*, p. 326.

¹⁷² La causal sexta del Código Civil Ecuatoriano, dice exactamente: “El hecho de que dé (sic) a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código”.

¹⁷³ L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 308. *Óp. Cit.*

¹⁷⁴J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. p. 208. *Óp. Cit.*

Es fundamental que la concepción del hijo se presuma anterior al matrimonio, razón por la cual, se ha creado una fórmula para comprobarlo, debe nacer antes de que transcurran 180 días desde la celebración del matrimonio, si nace un día después, ya se presume que fue concebido dentro de éste y por ende también existe presunción de paternidad. En el primer caso, se deberá probar en juicio de paternidad, es decir, a través de exámenes de ADN, el que no sea hijo del marido, y una vez que se obtenga la sentencia ejecutoriada que lo determine, podrá servir como causal de divorcio.¹⁷⁵

Larrea Holguín manifestó que: “Como era de proveerse, no se han presentado, en muchos años, demandas por tan estrambótica causal”.¹⁷⁶ Manteniéndose así hasta la actualidad, lo cual se deduce al no encontrar jurisprudencia que demuestre lo contrario.

2.1.2.7. Actos con el fin de corromper al cónyuge o los hijos

Esta causal parte del concepto del acto mismo de corromper, el cual en su definición, tiene varios alcances. El Diccionario de la Real Academia Española establece que *corromper* es “**2.** tr. Echar a perder, depravar, dañar, pudrir [...], **4.** tr. Pervertir o seducir a alguien [...], **5.** tr. Estragar, viciar. *Corromper las costumbres, el habla, la literatura.*”¹⁷⁷, bien pueden tomarse todos estos actos en conjunto o solamente uno, para que se pueda configurar la corrupción. Cabe recalcar que aquí el legislador, consideró la importancia que tienen dichos actos independientemente la dirección que tengan, es decir, que se pensaron igualmente graves, tanto si fueran destinados hacia el cónyuge o hacia los hijos, pues el daño se genera al hogar como un todo.

Lamentablemente, se ha llegado a la conclusión de que el hecho de corromper, con todos los trazados que tiene, puede llegar a ser

[U]n concepto muy relativo, fuertemente impregnado de subjetividad y, por lo mismo, sumamente difícil de presentar como una figura objetiva de valor universal. Los

¹⁷⁵L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 309. *Óp. Cit.*

¹⁷⁶J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. p. 208. *Óp. Cit.*

¹⁷⁷Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2.0. *Óp. Cit.*

conceptos de vicio, defecto moral y buenas costumbres, no son precisos, varían en el tiempo y de un lugar a otro.¹⁷⁸

Incluso podría decirse que se vuelven actos difíciles de probar, y que por ello no existe mucha jurisprudencia al respecto. Según Larrea Holguín, “la ley no es adherente a nuestra realidad social”¹⁷⁹. Debido a que, una vez más, el juez deberá considerar aspectos particulares en cada caso, los cuales ya han sido mencionados anteriormente. En la única jurisprudencia que se pudo encontrar, se alegaron también otras causas de divorcio, pero lo relevante es que los actos de corrupción no pudieron ser probados y que la Corte, ni siquiera los analizó en sentencia, dándoles poco valor.¹⁸⁰

Por otro lado, surge una nueva dificultad, el poder reconocer si es que tanto el cónyuge como cualquiera de los hijos, ya era corrupto y si lo que se hizo fue impulsar a que dicha corrupción se mantenga o incluso crezca. En el primer caso, se establece que será criterio del juez, el que determine las circunstancias propias del matrimonio, para poder decretar el divorcio, cuando así lo amerite. Respecto del segundo caso, se establece que podrá ser decretado en cualquier caso, debido al incumplimiento de los padres hacia la crianza de sus hijos, al no corregirlos.¹⁸¹ Sin embargo, en ese caso, ambos padres habrían incumplido su deber como padres y quedaría la duda respecto de si la acción de divorcio podría ser entablada por cualquiera de ellos, aunque el asunto más grave sería en cuanto a la prueba, pues se alegaría que el otro cónyuge no educó bien a sus hijos, aún cuando el otro cónyuge tampoco hizo nada para mejorarlo.

¹⁷⁸L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 327. *Óp. Cit.*

¹⁷⁹J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*.p. 212. *Óp. Cit.*

¹⁸⁰Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 1 de 27 de Octubre de 1977. Serie XIII. Nro. 1. p. 87.

¹⁸¹L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 327. *Óp. Cit.*

2.1.2.8. Enfermedad grave: incurable y contagiosa o transmisible de uno de los cónyuges hacia la prole¹⁸²

Tomando en cuenta que la causal establece requisitos obligatorios a cumplirse, empezaré por revisar en qué consiste cada uno. El concepto de gravedad, puede ser considerado como subjetivo, debido a que debe ser “capaz de poner en peligro serio la vida de quien la padece”¹⁸³, pero se está ante la incógnita de quién será el que define la mayor o menor gravedad de la enfermedad de cada paciente.

El que sea incurable, lo cual “se apreciará de acuerdo a los avances de la ciencia médica en cada momento”¹⁸⁴, el que sea contagiosa o transmisible a la prole, parte del hecho de proteger la salud e integridad de los integrantes de la familia.¹⁸⁵ Y allí está lo interesante de la redacción de esta causal, debido a que solamente los tres últimos factores deberán ser analizados por tres médicos, pero su gravedad no, a pesar de que “si bien existen ciertas enfermedades cuya gravedad es generalmente reconocida, su verdadera dimensión sólo puede establecerse luego del examen concreto de cada paciente”.¹⁸⁶

En cualquier caso resulta inhumano, además de injusto, que la enfermedad pueda ser causa de divorcio. Si es fin del matrimonio el ayudarse mutuamente, nada más lógico que la ayuda se haga más necesaria, y por lo mismo más obligatoria, en la enfermedad y en otras circunstancias similares.¹⁸⁷

Esta reflexión nos hace caer en cuenta que en realidad, una de las mayores razones que puede unir a una pareja, es el apoyo mutuo que se prestan, sobretodo en los momentos más difíciles, y con mayor razón en la enfermedad. Es por ello que, es fácil darse cuenta de que en realidad, el fondo de la petición de divorcio por esta causa, no

¹⁸²La octava causal del Código Civil Ecuatoriano establece lo siguiente: “El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole”.

¹⁸³L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 328. *Óp. Cit.*

¹⁸⁴*Ibíd.*

¹⁸⁵*Ibíd.*

¹⁸⁶*Ibíd.*

¹⁸⁷J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*.p. 212. *Óp. Cit.*

es en sí misma la enfermedad con todas sus características, sino que en realidad por detrás existe falta de amor y además incumplimiento del deber conyugal, establecido en el Artículo 81 de nuestro Código Civil, como el “auxiliarse mutuamente”¹⁸⁸. Por lo que bajo ese principio, se podría dar la vuelta la causal y reconvenida por quien sufre la enfermedad.

En el Ecuador no existe tampoco mucha jurisprudencia acerca de esta causal, pero la que sí se encontró, fue demandada debido a que uno de los cónyuges sufría *Lupus Eritematoso sistémico*, enfermedad grave, incurable y transmisible a la prole debido a que es una enfermedad genética, razón por la cual se reúnen todos los requisitos y fue concedido el divorcio, en este caso, incluso existió abandono por parte del cónyuge sano y se respetó la motivación alegada por éste, el de la enfermedad de su cónyuge.¹⁸⁹ Es decir, que en nuestro sistema al otorgar divorcio por esta causal, se estaría incentivar al incumplimiento de uno de los deberes conyugales.

Astudillo respecto de esta causal establece que “[e]n la mayor parte de las legislaciones se toman como causales del divorcio, los actos culpables únicamente, mas en la nuestra, son considerados los aún no culpables, por ejemplo la contemplada en la causal octava que se refiere a la enfermedad contagiosa y grave.”¹⁹⁰

2.1.2.9. El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano

En primer lugar, considero que se debe tomar en cuenta a esta causal, como parte de las enfermedades que pueden sufrir los cónyuges, por lo que se aplica la explicación del párrafo precedente, en donde el elemento de *culpabilidad*, no existe per sé. Y aunque lamentablemente con el pasar de los años se lo ha concebido de esta manera, no

¹⁸⁸Código Civil del Ecuador. Artículo 81. 2005.

¹⁸⁹Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Casación. Expediente 101, Registro Oficial 429, 27 de Septiembre del 2004.

¹⁹⁰H. Astudillo Espinosa. *Manual de Derecho Civil: Primer libro del Código Civil del Ecuador*. Quito: D. G. Taller de Diseño Gráfico. Impreso en La Huella, Impresores, 1993.

significa que se haya acertado y por ende, no significa que se esté aplicando un sistema acorde a la realidad.

Según Larrea Holguín, “[...] este vicio puede hallarse en el comportamiento duro, incomprensivo o desleal del otro cónyuge. La ley sin embargo, no entra a examinar ninguna de estas razones tan humanas y con crueldad e injusticia permite obtener el divorcio en todo caso.”¹⁹¹ Se ve que bajo este precepto, en realidad el cónyuge *culpable* sería quien *causó* el vicio en el otro, y por ello podría pedir el divorcio. Sin embargo, la norma solamente faculta al cónyuge libre de enfermedad, para acercarse al juez, y no viceversa. La gran contradicción que se refleja en esta causal, resulta imposible que pase desapercibida y es grave, debido a las afectaciones procesales que tiene hacia el cónyuge *culpable*, y que se verán más adelante.

En todo caso, para que pueda configurarse esta causal, se requiere de una habitualidad, que el vicio sea consuetudinario y no meramente ocasional. Debe haber una adicción, es decir, una dependencia tanto al alcohol como a cualquier otra sustancia tóxica, por parte del cónyuge.¹⁹² Así lo ha afirmado la jurisprudencia, en los considerandos: “Si el demandado, en ocasiones se embriaga, no está demostrado que lo haga de un modo consuetudinario, que tenga esa costumbre.”¹⁹³ Por lo que la prueba en esta causal, deberá ser dirigida hacia la habitualidad de los actos toxicómanos, lo cual probablemente sea difícil de probar.

2.1.2.10. Condena ejecutoriada a reclusión mayor de uno de los cónyuges

La doctrina menciona que la causal estaría plenamente justificada por el solo hecho de que, por haberse configurado un delito, la armonía entre los cónyuges se vuelve difícil de manejar.¹⁹⁴ La ley por su parte establece que la condena que ha recibido el cónyuge, necesariamente debe ser a reclusión mayor, sin establecer una categoría de

¹⁹¹J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*.pp. 213-214.Óp. Cit.

¹⁹²L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. pp. 329-330.

¹⁹³Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación.Gaceta Judicial 15 de 31 de Agosto de 1944. Serie VI. Nro. 15. p. 1054.

¹⁹⁴L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 330.Óp. Cit.

delitos en específico, sino solamente el período de tiempo que deberá cumplir en prisión, el cual oscila entre los cuatro hasta los veinticinco años, y dependiendo si el tipo de reclusión es ordinaria, extraordinaria o especial, lo cual a su vez depende de varios factores, tales como la gravedad del delito y los agravantes o atenuantes en cada caso.¹⁹⁵

Considero que para que pueda ésta configurarse como causa legal de disolución del vínculo matrimonial, debe tomarse en cuenta también el hecho de que si el cónyuge ha sido condenado a prisión, tendrá que permanecer alejado de su hogar, creando de esta manera también la desarmonía, elemento fundamental para poder pedir el divorcio. No obstante, ello no ha sido tomado en cuenta por la doctrina revisada, pero el hecho de que los cónyuges estén separados por mucho tiempo, puede ser determinante para la finalización de su vínculo.

Por otro lado, se establece como requisito legal, el que la sentencia se encuentre ejecutoriada, es decir, que se hayan agotado todos los recursos judiciales, para poder demandar el divorcio. Luis Parraguez señala a su vez, otro requisito que si bien no está señalado en la norma, por pura lógica se entendería que es indispensable. La condena a reclusión mayor, debe darse durante el matrimonio y no antes, debido a que si fue así, se supone que el otro cónyuge estaba aceptando esa circunstancia y estaba contrayendo nupcias a sabiendas de ésta. Sin embargo, en el caso en el que el cónyuge que ha recibido la condena no haya informado al otro de esta situación, haría que se configure otra causal, la de injurias graves y no la actual, debido a la falta de fidelidad y sinceridad del cónyuge condenado.¹⁹⁶

Se plantean otros escenarios una vez que la condena ha sido proferida, el de haber conseguido amnistía, caso en el cual se elimina tanto el cometimiento del delito, como sus efectos, como lo es la condena per sé; y, el de haber conseguido un indulto, en donde según la doctrina el tratamiento debe ser distinto, debido a que lo único que extingue es la condena, mientras que el delito sigue subsistente, a diferencia de la

¹⁹⁵Código Penal del Ecuador. Artículo 53. 1971. *Óp. Cit.*

¹⁹⁶L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. pp. 330-331. *Óp. Cit.*

primera, la cual lograría que desvanezca la causal de divorcio, mientras que la segunda no.¹⁹⁷

Frente a ello, considero que de acuerdo a lo establecido por otra parte de la doctrina, en cualquiera de los supuestos planteados, no se extinguiría esta causal de divorcio, tomando en cuenta lo que puede causar el delito al matrimonio, es decir, la desarmonía en el hogar, por lo que a pesar de que el cónyuge condenado, haya recibido amnistía o un indulto, la falta de armonía ya se originó.

2.1.2.11. Abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Si el abandono dura más de tres años, el divorcio puede ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

Para poder revisar esta causal, es necesario poder entender la evolución que ha tenido normativamente, a lo largo del tiempo. En adición, es necesario distinguir los conceptos de separación legal o judicialmente autorizada, versus la ilegal o también llamada *abandono*. La primera es solicitada por uno o ambos cónyuges y es otorgada mediante sentencia de juez y es por ello que “la misma separación que ha servido para demandar la separación conyugal, no puede alegarse después para demandar el divorcio”¹⁹⁸, pues sería considerado como beneficiarse de su propio dolo, para la posición tradicional.¹⁹⁹

En sus comienzos, el concepto de culpabilidad era más fuerte que en la actualidad, debido a que antes, se necesitaba de una mayor cantidad de años en los que se dé el abandono por parte de uno de los cónyuges, llamado el *culpable*, para poder demandar el divorcio y solamente podía hacerlo el *inocente*. En la actualidad, esta causal es distinta al resto, debido a que no lleva el elemento de culpabilidad tan fuertemente arraigado como las demás, pues desde la reforma de 1967, el divorcio también puede

¹⁹⁷*Id.*, p. 331.

¹⁹⁸J. Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*.pp. 214-215. *Óp. Cit.*

¹⁹⁹*Id.*, p. 215. Hay que tomar en cuenta que: “Desde 1989 ya no hay separación judicialmente autorizada”.

ser demandado por parte de cualquiera de los cónyuges, tanto de quien abandonó el hogar, como quien permaneció en él.

De acuerdo a Luis Parraguez, esta causal lleva varios elementos fundamentales para poder configurarse. Primeramente debe haber efectivamente abandono, entendido éste como “el dejar materialmente el hogar conyugal”,²⁰⁰ además debe ser *voluntario*, es decir, que debe surgir de una libre decisión tomada por el cónyuge, excluyendo de esta manera a los vicios del consentimiento como lo son, el error, fuerza y el dolo. Debe también ser *injustificado*, para lo cual “deben apreciarse en cada caso tomando en cuenta todas las circunstancias que hacen su entorno, entre ellas, el ambiente del hogar, la sensibilidad de cada cónyuge, sus legítimas necesidades y aspiraciones, etc.”²⁰¹ Con ello podemos ver que esta causal sí es compatible con otras, debido a que éstas bien pueden ser las causantes de la primera.

Es decir, que por ejemplo si es parte del trato natural entre los cónyuges, mayor aspereza que la que otra pareja podría estar acostumbrada, no se consideraría como justificación, pues ha sido parte de lo común en el hogar, pero si por el contrario, el cónyuge se ve obligado a salir de su casa por los malos tratos a los que no ha estado acostumbrado, el abandono está justificado e incluso puede encontrarse incurso en otra causal.

Por otro lado, el abandono debe ser por el plazo ininterrumpido de un año, el cual se verifica cuando no haya la interrupción per sé. La cual existirá “cuando de los antecedentes aparezca que el cónyuge que dejó el hogar regresa a él para restablecer la vida conyugal”²⁰², y no solamente cuando ha ido visitarlo o si existen temas que conciernen a los hijos en común, etc.

²⁰⁰L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 332. *Óp. Cit.*

²⁰¹*Id.*, p. 333.

²⁰²*Id.*, p. 334.

La diferencia que recae sobre esta causal, es el hecho de que el legislador consideró una situación especial en ella, pues en todas las demás causales de divorcio, el único que puede accionar, es el cónyuge considerado perjudicado, inocente o agraviado. Sin embargo, en este caso, también lo puede hacer el considerado cónyuge *culpable* del abandono, es decir, quien dejó el hogar, siempre y cuando hayan transcurrido tres años desde el momento de su partida, además de todos los requisitos mencionados anteriormente.

La excepción se planteó debido a que en este particular, se consideraron subjetivos los conceptos de *agraviado* y *culpable*, se entró en la discusión de intentar distinguir quien pudo ser el causante o quien pudo haber dado suficiente motivo para que el otro cónyuge se haya visto obligado a tener que salir de su hogar, para lo cual se debían tomar en cuenta que las condiciones en las que se estaba desarrollando el hogar, no eran satisfactorias. Con estas consideraciones, bien podía ser considerado cónyuge agraviado, quien tuvo que separarse de su familia y no quien se quedó en el hogar, quien podría ser considerado como culpable.²⁰³ En consecuencia, este juego de roles deberá ser revisado por el juez, para poder dictar las medidas justas para cada uno de los consortes, quien determinará en cada caso, quien es el agraviado y quien el culpable, siguiendo las líneas de este sistema. Larrea Holguín frente al tema ha indicado que:

En algunas sentencias de la Corte Suprema se ha admitido que el cónyuge agraviado puede ser el que abandona el hogar porque alguna causa grave le impele a ello. Pero generalmente, y con mejor fundamento se considera que culpable es quien abandona el hogar.²⁰⁴

Lo cual no impedía que el cónyuge agraviado no sea el abandonado, sino el que haya abandonado. Así se puede ver en el siguiente extracto de una jurisprudencia de 1951, en donde en la Corte estableció que:

²⁰³Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 8, de 25 de Noviembre de 1969. Serie XI. No. 8. p. 1071.

²⁰⁴J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 375. *Óp. Cit.*

Aunque algunos testigos de la parte actora y aún de la demandada dan testimonio de la separación del hogar de su marido de María del Carmen Palacios, para trasladarse a vivir en la casa de sus padres, ese sólo hecho no demuestra la justicia o injusticia de la separación, según la que ha de calificarse el agravio del cónyuge; ni menos, por sí sólo, tal hecho puede constituir a Luis Alberto Palacios en cónyuge agraviado. Examinada la prueba testimonial obrada en el juicio, aparece, en efecto, que, aunque la mujer se separó a la casa de sus padres, el actor ha mantenido relaciones con otras dos mujeres [...]: que la separación del hogar lo puso la mujer legítima en conocimiento del Intendente de Guardias Civiles quien ordenó tal separación y que la efectuó en casa de sus padres porque no tenía donde alojarse [...]; que el marido arrojó a esa mujer de su casa [...], antecedentes estos que sin motivo procesal para calificarlos de notoriamente falsos, explican la separación de la mujer [...].²⁰⁵

Sin embargo, la comprensión actual de la jurisprudencia, ya no se rige de acuerdo a este precepto, por el contrario se encontraron decisiones actuales, en donde necesariamente el cónyuge agraviado es el abandonado, no así en el supuesto de que transcurran más de tres años,

[...][E]l segundo inciso de aquella [refiriéndose a la causal undécima] no hace sino determinar que el abandono en las condiciones previstas por ella, esto es voluntario, injustificado e ininterrumpido" por un tiempo superior a los tres años, da derecho a cualquiera de los cónyuges, esto es bien al que actúa como sujeto activo ó bien al que tiene la calidad de sujeto pasivo o agraviado á demandar el divorcio, ya que, de acuerdo al primer inciso de la norma citada, la acción antes de que se cumpla tal plazo está reservada para aquel que sufre el abandono.²⁰⁶

Respecto de la culpabilidad o inocencia que puede tener un cónyuge en cuanto al divorcio, existen dos tesis. La una, que es la que maneja nuestro sistema, en la que el cónyuge culpable es quien comete la infracción o se ajusta a lo establecido en una o más causales, y incluso en las que estos conceptos no se aplican necesariamente, como por ejemplo la de la enfermedad grave, como ya mencioné, pues ¿cómo se puede culpar a una persona de haber contraído una enfermedad incurable?

²⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 13, de 5 de Septiembre de 1951. Serie VII. No. XIII.

²⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente 245. Causa No. 245-2008. Registro Oficial Suplemento 67 de 1 de septiembre de 2010. Sobre la causal de abandono *vid* Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 205-2002. Gaceta Judicial 12, de 29 de abril de 2003. Serie XVII. Y Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 192. Registro Oficial 108 de 28 de junio del 2000.

Esta misma tesis sostiene que “no puede admitirse que el cónyuge que por culpa o hecho suyo dio lugar a una causal de divorcio, pretenda valerse de la misma para poner término al vínculo matrimonial. Ello importaría fomentar acciones poco decorosas y en ciertos casos delictivas.”²⁰⁷ Asimismo se sostiene que el cónyuge perjudicado o inocente, “es aquél que no ha dado lugar a la configuración de la causa de divorcio, habiendo más bien sufrido las consecuencias de la misma.”²⁰⁸ Sin embargo, analizando la segunda tesis, podemos apreciar que en realidad en algunos casos, el *cónyuge culpable*, pueda ser quien de cierta manera obligue al otro consorte a ajustarse a los elementos de una causal determinada y no quien efectivamente se ajuste a ellos.

El mejor ejemplo puede verse cuando uno de los contrayentes, le es infiel al otro, bien puede darse por el hecho de que el otro cónyuge esté ausente constantemente por el trabajo, y no le dé la atención suficiente, por lo que el primer consorte, busca una relación amorosa en otro lugar, porque en su hogar no la ha obtenido. ¿Qué pasa en estos casos? En los que perfectamente se ha configurado la causal de adulterio, pero que se ha dado, debido a que se ha visto obligado a buscar afecto. En estos casos, ¿quién es el culpable? Nuevamente volvemos al punto de que esa determinación tiene una alta inclinación hacia la subjetividad, al dejarla a manos del juez con el apoyo de la legislación que plantea este sistema.

Es así, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, respecto de esta causal,²⁰⁹ hacen referencia a la incompatibilidad de caracteres, a la falta de armonía o incluso a la falta del llamado *affectio maritalis* o *conyugalis*, como razones de fondo para que ésta se pueda configurar, tanto es así que se dice que esta causal es admitida:

[C]omo motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal y en definitiva por la desaparición de la *affectio "conyugalis"*, principio básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación matrimonial, pues ello por si mismo

²⁰⁷ L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 336. *Óp. Cit.*

²⁰⁸ *Id.*, p. 337.

²⁰⁹ Considero que la aplicación de estos conceptos podría darse no solamente en esta causal, sino en todas las demás, debido a las explicaciones dadas a lo largo de los capítulos de esta tesis.

acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales. No se puede obligar a dos personas a vivir juntas cuando al menos una de ellas es contraria a tal posibilidad, siendo la mera presentación de la demanda de divorcio indicativa de ese contrario deseo; por otra parte la presentación de la demanda pone de manifiesto la ruptura de la *affectio maritalis*, fundamento del matrimonio y sin la que éste carece de sentido.²¹⁰

Una vez más vemos como las causales de divorcio demuestran que el matrimonio per sé, tiene motivos de inestabilidad y que la configuración de las causales es simplemente una demostración práctica de lo que está ocurriendo. Tanto es así, que podrían no necesitar de una causal en específico para saber que su deseo es el de divorciarse, ocasionando de esta manera, menos estragos en el vínculo familiar, debido a que se podría lograr que el procedimiento en la práctica sea más ágil y fácil.

2.2. España: Sin causa

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, en este país, se maneja el concepto de divorcio remedio. Con él se busca que los problemas que se ocasionan en un hogar, puedan ser resueltos sin mayores obstáculos y de manera rápida, lo cual se logra al suprimir el elemento de culpabilidad, con el que se permite que cualquiera de los dos cónyuges pueda iniciar la acción de divorcio y no solamente el considerado inocente, como se da bajo el sistema de divorcio sanción. La semejanza más visible que une a Ecuador y España, es que en ambos se permite el divorcio consensual, pues es factible en ambos sistemas.

Para poder entender cómo España ha llegado al sistema de divorcio que tiene en la actualidad, es necesario saber cuál ha sido el proceso legislativo que ha atravesado y las circunstancias que han desencadenado los cambios sociales y por ende la necesidad de cambios legislativos que han tenido. “... [l]o ocurrido en el siglo actual puede ser consecuencia inmediata de lo ocurrido en el siglo XX, y ello tanto a nivel de nuestro país como europeo.”²¹¹

²¹⁰Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 279-2001. Gaceta Judicial 10, de 13 de Septiembre de 2002. Serie 17. p. 3138.

²¹¹G. García Cantero. “El derecho de familia en Europa. Panorámica, entre dos siglos”. *Actualidad Civil*, N. °22. Quincena del 16 al 31 de Dic. (2008). Tomo 2, Editorial La Ley. p. 2441.

Como ya se mencionó en el Capítulo I, este país tuvo una alta influencia católica, sobre todo en la época en la que el Presidente Franco lo gobernó. A partir del momento en el que dicho dictador murió, las reformas pudieron salir a flote, reflejando con mayor claridad la realidad de la sociedad española, reprimida por tantos años. En adición, los sucesos que ocurrían en la región, obviamente causaban impacto en los países vecinos, entre ellos, España.

El siglo XX, tanto a nivel español como europeo, aparece atravesado por acontecimientos históricos de gran envergadura: dos guerras mundiales. [...] Las terribles vivencias sucesivas en Europa de dos totalitarismos de signo opuesto, por un lado el nacionalsocialismo alemán y el fascismo italiano, y, por otro, el no menos destructor comunismo soviético.²¹²

A partir de los años cincuenta, son los cambios sociales los influyentes en la legislación. Según Roca existen distintas generaciones de reformas²¹³. La primera se origina con precedentes de finales de los años cincuenta, pero se desenvuelve alrededor de los años sesenta hasta los setenta, trayendo consigo la institución del divorcio, con su respectiva regulación del régimen económico matrimonial.²¹⁴ Si bien esta institución en sus comienzos gira

[S]obre la base de la acreditación de culpa de uno de sus miembros; más adelante, futuras reformas aliviarán la necesidad de probar la culpa y en la mayoría de países europeos se acepta un sistema mixto en el que junto a divorcios causales (divorcios basados en la culpa de uno de los miembros) se admiten divorcios consensuales (*non fault divorce*) por ruptura definitiva (*irretrievable breakdown*).²¹⁵

La segunda reforma según Roca, se dio en los años noventa y estuvo más relacionada a tres puntos en particular: a) la filiación, b) la protección a los menores y, c) la adopción; temas que no atañen a la materia tratada en esta tesina. Por su parte, la tercera reforma, se inició a partir de finales de los años ochenta, y

²¹²*Id.*, p. 2443.

²¹³Cabe recalcar que dichas reformas no están descritas en orden cronológico.

²¹⁴E. Roca. “Globalización y Derecho de Familia. Los trazos comunes del Derecho de Familia en Europa”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ª época. Núm. 4. (2001), pp. 27-28.

²¹⁵*Id.*, p. 28.

[...][T]iene como base una regulación más o menos uniforme en torno a principios tales como la desaparición de la exigencia de la indisolubilidad del matrimonio, que lleva a matrimonios sucesivos por medio de la generalización del divorcio, la aceptación generalizada de la forma civil del matrimonio, con la pérdida de su componente religioso; la necesidad de proteger sus derechos fundamentales como individuos, y, finalmente y como consecuencia de ello, la funcionalidad del derecho de familia ahora al servicio de la persona y no como sistema de control social.²¹⁶

Si bien el matrimonio y la familia, están garantizados en la Constitución, también está consagrado el derecho a la libertad personal, cuestión que fue difícil de respetar, debido a que se pensaba que los primeros estaban por encima del segundo. Solo cuando se entendió que se podría respetar a ambos, sin menoscabar al otro, fue que se permitieron reformas a la institución del matrimonio y se permitió también que lentamente, la institución del divorcio se fortalezca, desprenda sus propios ejes, y se dé el debido respeto a la libertad de cada ciudadano.

Con la eliminación del sistema de causas para que los cónyuges accedan a la separación y al divorcio, se pretende, [...] que la libertad tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio, siendo cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. Precisamente, ampliando el ámbito de libertad de los cónyuges (se reconoce mayor trascendencia a la voluntad individual de cualquiera de ellos de no seguir con la convivencia marital –separación judicial- o romper el vínculo matrimonial –divorcio-), se respeta el libre desarrollo a la personalidad (recogida en el Artículo 10.1 de la Constitución de 1978).²¹⁷

Por otro lado, el dejar de concentrarse en la culpa, base de las causales, permite hacer un sistema más eficaz, que se enfoca más en la estabilidad tanto económica como emocional de las partes involucradas, debido a que su agilidad, en conjunto con su sistema de pensiones a ser analizado en el capítulo siguiente, permite que los cónyuges superen un proceso doloroso en el menor tiempo posible.

Tras la reforma de 1981, el panorama cambió por varias razones. “[...][P]or la desaparición de la tajante separación entre cónyuge culpable e inocente, como base de la regulación jurídica, configurándose así como remedio de una crisis matrimonial; bastaba

²¹⁶ *Id.*, p. 29.

²¹⁷ Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio” *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Núm. 23 (2005). p. 135.

con que el cónyuge estuviese incurso en alguna de las causas de separación que consignaba el artículo 82.²¹⁸

De manera gradual, España fue adaptándose al sistema divorcio remedio, eliminando la culpabilidad en el divorcio, inclusive hasta llegar al punto de que ya no se necesite la adecuación de uno de los cónyuges en una de las causas legales, para que pueda darse efectivamente el divorcio. Se llegó a comprender que lo más importante en torno al divorcio, era resolver la crisis por la que se estaba atravesando, y con ello alcanzar el bienestar de todos los miembros involucrados. El señalar a un culpable no aporta en cuanto a la solución de los problemas maritales. Solamente busca sancionar o castigar a quien incurra en una práctica considerada como repudiable para la sociedad.

Si el matrimonio es válido, si ha sido libremente consentido por las partes, y no se puede obligar a nadie a contraer matrimonio contra su voluntad, a nadie se le podrá obligar a permanecer en dicho estado (casado) contra su propia voluntad, entonces, cuando cesa el consentimiento- de ambos cónyuges o de uno de ellos, esencia del negocio jurídico matrimonial- ,podrá disolverse el matrimonio, garantizándose así, según la reforma legal, la libertad personal y consiguientemente el libre desarrollo de la personalidad.²¹⁹

El nuevo sistema, al preponderar la libertad y el desarrollo de la personalidad de los cónyuges, propugna la tesis llamada por Díez Picazo y Guillón, de *frustración de la finalidad social del instituto*²²⁰ que establece que

Cuando se ha producido un fracaso del matrimonio que razonablemente puede estimarse irreparable y no puede ya cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial por constituir únicamente una corteza vacía de contenido y productora, en cambio, de situaciones lacerantes. Socialmente, en tales casos es preferible levantar el acta de la definitiva frustración.²²¹

Es decir, que manteniendo a un hogar unido, debido a que no existe una causal de divorcio en específico, intentando que una familia salga adelante a toda costa, cuando

²¹⁸L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Volumen IV. España: Editorial Tecnos. Décima Edición, 2006. p.98.

²¹⁹Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil...”. p. 136. *Óp. Cit.*

²²⁰L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.106. *Óp. Cit.*

²²¹*Id.*, pp.105-106.

en realidad lo que necesitan es poder dar por terminada una relación, que de por sí ya no existe, resulta poco lógico, debido a que

El simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio. Se consagra pues, el libre desistimiento como causa de disolución de matrimonio. En realidad, ese libre desistimiento tiene como causa directa y última de la disolución de matrimonio, el que éste está irreparablemente roto por divergencias irreconciliables entre los cónyuges.²²²

Es por ello, que en España se optó por un sistema de divorcio-remedio, con el que se buscan dar soluciones a los problemas, en lugar de sanciones, tomando en cuenta que durante el matrimonio ya existió suficiente sufrimiento tanto para la pareja como para quienes los rodeaban, para que no deban tener más contratiempos.

[D]e ahí que tanto la jurisprudencia como la doctrina admitan como motivo de separación matrimonial el genérico constituido por la quiebra de la convivencia conyugal, la vida en común demasiado difícil y, en definitiva, la desaparición de la “*affectio conyugal*”, básico en el matrimonio, sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de separación bastando, simplemente, [...] que se constate una situación de falta de afecto marital, con quiebra de respeto mutuo, pues ello por sí mismo acredita la existencia de ruptura matrimonial y de violación grave de los deberes conyugales.²²³

La ruptura de las relaciones conyugales, como podemos apreciar, es considerada como falta a las obligaciones que se deben los esposos, dentro del matrimonio, y con ello es suficiente, para acreditar si se quiere, un motivo o causa significativa para que se deba disolver el vínculo.

En la jurisprudencia se han encontrado también, las dificultades de un sistema de causales, que pueden ser provocadas debido a los obstáculos probatorios acerca de la culpabilidad de uno de los cónyuges, es decir, que muchas veces no se logran comprobar las causas alegadas, pero no por ello significa que las causas no existan, y más importante aún, lo que sí se ha dado, es la ruptura de relaciones maritales,

²²² Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil...”. p. 136. *Óp. Cit.*

²²³ Audiencia Provincial de Castellón. Sección Segunda. Sentencia N° 264/2002. Recurso 121/2002 de 9 de septiembre de 2002. Madrid.

elemento suficiente para que haya falta de afecto conyugal, básico en un matrimonio. Se cayó en cuenta que en realidad lo indispensable es que al menos uno de los esposos exprese de una u otra manera, su voluntad de cesar la convivencia y el vínculo con su pareja y no ya, las causas ni menos aún su comprobación.

Cuando lo exteriorizado sea la quiebra de la convivencia, ese dato, más neutro y no culpabilístico, como es la fractura de la convivencia, debe ser el relevante para proceder a la separación, por lo que éste procedería no ya por la concurrencia de la causa de disvalor alegada, pero no probada a juicio del Tribunal, sino por la “pacífica constatación de que la convivencia de la pareja está rota”, sin que a esta tesis sea obstáculo la exigencia de convenio regulador a presentar con la demanda[...]²²⁴

Por otro lado, se debe mencionar que antes era requisito esencial para poder solicitar el divorcio, la existencia de separación judicialmente autorizada; sin embargo, debido al cambio ideológico que sufrió el poder legislativo, e incluso debido a que se tomó conciencia de la reducción de costes que implicaría la eliminación de dos procesos innecesarios, con la reforma de 2005, dejó de ser indispensable la separación como requisito al divorcio²²⁵.

En la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, se puede encontrar una explicación de cuál era la base ideológica para que se necesite de la separación, como paso previo a la disolución del matrimonio.

El divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose.²²⁶

Es por ello, que en el sistema actual, se ha pensado como forma de que los cónyuges mediten de manera rigurosa la decisión que podrían estar tomando, el requisito temporal de tres meses desde la celebración de su matrimonio, para que se

²²⁴*Ibíd.*

²²⁵Si bien en la reforma se establece que todavía puede darse así. Es decir, que todavía existe la institución de la separación judicialmente autorizada y puede ser un paso anterior al divorcio.

²²⁶Ley 15/2005 (España). Exposición de Motivos. p, 24458. *Óp. Cit.*

pueda entablar la acción de divorcio. “Puede entenderse como un periodo de reflexión sobre la posibilidad de salvar su matrimonio (reconciliándose) o bien sobre las repercusiones que su decisión pueda comportar puesto que afecta a terceros- vg. sus hijos-.”

Si bien la legislación lo que buscaba era que los cónyuges se mantengan juntos, para preservar la considerada sagrada institución del matrimonio, no indagaba profundo en cuanto a los daños que podría causar el mantenimiento de un hogar, que ya no tenía esperanzas de mejorar, pues en lugar de mantener armonía entre los cónyuges y su familia, causaba todo lo contrario.

[...] [E]l (sic) matrimonio [...] [es] (sic) una forma institucional de convivencia cuya vigencia depende de la voluntad constante de ambos cónyuges. Por ello el divorcio sólo se diferencia, como opción de la cesación de convivencia, de la separación en que aquel extingue el vínculo matrimonial y ésta las obligaciones del matrimonio.²²⁷

En ocasiones es preferible que cese la convivencia a que se mantenga. Sin embargo, la legislación le ha dado importancia a la separación de los cónyuges, debido a que también se la considera como un tiempo pertinente para que los cónyuges puedan reflexionar acerca de si efectivamente quieren disolver el vínculo matrimonial que los une, o si durante ese tiempo de separación, pueden llegar a darse cuenta de que los problemas existentes entre ellos, tienen una solución viable, siempre manteniéndose en el concepto del divorcio-remedio. Es así que, a través de

La Ley 15/2005, [...] [d]esaparece todo vestigio de inocencia o culpabilidad de los cónyuges; [...] se elimina la fijación de causas legales que permitan el ejercicio de la acción de separación; y se estima la separación como situación propia y autónoma frente al divorcio, pues no es necesaria para solicitarlo.²²⁸

Es decir, se da la amplia opción a los consortes de separarse o no, antes de iniciar la acción de divorcio, pues en muchos casos, puede resultar perjudicial dilatar la situación, a través de la separación, debido a que el daño en el matrimonio es

²²⁷J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. Tercera Edición. Joaquín Rams Albesa (rev.). Madrid: Dykinson, 2008. pp. 92-93.

²²⁸L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.98. *Óp. Cit.*

irreversible y la única solución viable podría ser la ruptura definitiva del vínculo que une a la pareja y de ser posible, a la mayor brevedad permitida. Por lo que solamente queda a decisión de quienes sufren con esa realidad en zapatos propios, el separarse antes de divorciarse.

Sin duda, la revolución ideológica en España, se dio debido a que se dejó de ponderar los intereses colectivos o sociales, por sobre los intereses personales de cualquiera de los cónyuges, con lo que se pudo alcanzó que se dé el debido respeto a ambos, sin menospreciar a ninguno. La última reforma ha establecido que

Su piedra angular es la consideración del divorcio como una institución sujeta a la omnímoda voluntad de cada uno de los cónyuges, por lo que cualquiera de ellos puede solicitarlo, sin necesidad tampoco de una previa situación de falta de convivencia conyugal.²²⁹

Se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad, recogido en la Constitución española en su artículo 10.1, “[...] basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar tal petición, salvo por motivos personales.”²³⁰

Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas.²³¹

²²⁹*Id.*, p.106.

²³⁰Ley 15/2005 (España). Exposición de Motivos. p, 24458. *Óp. Cit.*

Respecto a este tema, cabe mencionar que los autores Díez-Picazo y Guillón citan a la Exposición de Motivos, específicamente respecto de este párrafo; sin embargo, en lugar de establecer que el demandado no podría oponerse a la demanda por motivos materiales, sino que sólo lo podría hacer por motivos personales y a su vez cambiaron el hecho de que el Juez no podría rechazar la petición salvo por motivos personales, estableciendo que en realidad sólo podría ser por motivos procesales. El cambio de esas dos palabras, podría causar graves confusiones, debido al impacto que pueden tener.

²³¹*Ibíd.*

Según jurisprudencia encontrada, esta reforma también estaría basada en la intención del legislador de proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio. El caso estudiado, trata acerca de una acción de divorcio entablada por los tutores (padres) de una mujer incapacitada después de haber sufrido un accidente y estar en estado de coma vigil y si bien, el punto central de la sentencia gira alrededor de si este tipo de acciones pueden entablarse por persona distinta de los cónyuges, al ser una acción personalísima, se alega que:

Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio.²³²

El derecho a la intimidad y el de la libertad, están estrechamente ligados y se intenta proteger a ambos a través de la reforma de la Ley 15/2005. Se precautela

El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley [...]15](sic)/2005, al no exigir la alegación de causas.²³³

Pasando a otro tema, cabe señalar que para Lacruz Berdejo y otros, se deben considerar varias causas de disolución del matrimonio. La primera es la muerte de uno de los consortes, la cual según ellos, es la causa más normal y frecuente, la segunda es el divorcio vincular, respecto del cual se ha profundizado a lo largo de esta tesina; y, para no dejar de lado por completo a la influencia que tiene la Iglesia católica sobre la vida de la gente, la tercera, la cual disuelve el matrimonio canónico, y es llamada la *dispensa super rato*, que puede ser homologada civilmente.²³⁴

Respecto de esta última, cabe una breve explicación. Por regla general, los matrimonios canónicos no pueden ser disueltos, por otra causa que no sea la muerte;

²³²Tribunal Supremo (España). Primera Sala de lo Civil. Sentencia N° 625/2011. Recurso 1491/2008 de 21 de septiembre de 2011. Madrid.

²³³*Ibíd.*

²³⁴J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 91.

sin embargo, esta dispensa puede ser concedida por el Sumo Pontífice, y al igual que la solicitud de divorcio, puede ser solicitada por uno solo de los cónyuges, a pesar de que el otro se oponga, siempre y cuando se reúnan ciertos requisitos: la inconsumación del matrimonio y la justa causa.

El primer requisito es objetivo, mientras que el segundo debe ser apreciado por las autoridades eclesiásticas, de acuerdo a la gravedad de la causa, quienes deberán considerar las circunstancias particulares de la pareja, aunque siempre ateniéndose a la posibilidad de que no se les conceda la dispensa, debido a motivos meramente personales del Pontífice, y que ésta, a su vez pueda ser absoluta o con cláusula prohibitoria.²³⁵

Cabe mencionar que se requiere de un procedimiento específico para que la dispensa pueda tener eficacia civil, es decir, debe haber un reconocimiento de ésta, en el cual se verificará que haya un ajuste al Derecho del país en donde se quiere homologar. "Se seguirá, pues, el mismo procedimiento para el reconocimiento de los efectos civiles de las decisiones pontificias de matrimonio rato y no consumado que para el reconocimiento civil de sentencias firmes dictadas por tribunales extranjeros."²³⁶ Y una vez

Obtenido el reconocimiento estatal, la sentencia o resolución canónica adquiere en nuestro Derecho la misma eficacia que una sentencia dictada en jurisdicción civil, siendo de la competencia exclusiva de ésta su ejecución, tanto en sus aspectos personales como patrimoniales.²³⁷

En otro orden, como ya se mencionó con anterioridad, las únicas excepciones que se establecen para poder entablar la acción de divorcio, es que hayan transcurrido al menos tres meses desde que se haya celebrado el matrimonio o “salvo que el interés de

²³⁵M. del M. Leal Adorna. *Procedimiento canónico de disolución de matrimonio rato y no consumado y su eficacia civil*. Noticias jurídicas. Diciembre 2003. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200312-285514101110333430.html> (acceso: 08/06/2012).

²³⁶M. del M. Leal Adorna. *Procedimiento canónico de disolución de matrimonio rato y no consumado y su eficacia civil*. Óp. Cit.

²³⁷*Ibíd.*

los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.”²³⁸

De esta manera, a la excepción planteada, se hace otra excepción, la que establece que no será preciso esperar dichos tres meses desde la celebración del matrimonio, en el caso en el que se “acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.”²³⁹

Respecto del caso de que existiera un riesgo para la vida o de la integridad física, de cualquiera de los individuos mencionados en el párrafo anterior, no considero que se necesite mayor explicación del porqué no es necesario que transcurran tres meses desde la celebración del matrimonio para poder solicitar el divorcio, solamente por el hecho del daño que puede causar y del que se pretende proteger a quienes lo sufran.

Por su parte “las dos referencias a la libertad hacen muy confuso el párrafo en cuestión”²⁴⁰, según varios autores, éstas probablemente estarán asociadas a la explotación sexual tanto de mujeres como de niños y; asimismo, el legislador ha buscado que se resguarde el bienestar de los miembros de la familia y no sólo del cónyuge, al establecerlo como excepción al requisito temporal expresado.

En relación a la indemnidad sexual, se manifiesta que el legislador podría haberse referido a las que el cónyuge demandante las considere abusivas o contrarias a su identidad sexual, lo cual quedará a la sana crítica del Juez que revise el caso en particular, sin que se haya profundizado más sobre el tema. Finalmente, respecto de la integridad moral, “según la interpretación ordinaria que a este concepto otorga el Cc.,

²³⁸Ley 15/2005 (España). Exposición de Motivos. *Óp. Cit.*

²³⁹Ley 15/2005 (España). Artículo 81. *Óp. Cit.*

²⁴⁰J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia.* p. 87. *Óp. Cit.*

está, entiendo, fuera de lugar.”²⁴¹ Como se ve, nuevamente deberá ser el Juez, quien verifique que las circunstancias mencionadas anteriormente, han ocurrido, con lo que se puede justificar, el acogimiento del cónyuge a la excepción de poder plantear su acción de divorcio antes de los tres meses desde la celebración del matrimonio.²⁴²

Aunque es verdad que al sistema de divorcio-remedio implantado en España, y comúnmente se lo denomina “divorcio exprés” o “divorcio sin causa”, en sentido amplio, dichas excepciones podrían ser consideradas como las causas legales que existen en otros sistemas, con la diferencia de que ya no existe el elemento de culpabilidad, debido a que no se considera este elemento para dictar las medidas, efectos del divorcio. Sin embargo, se establece que el legislador olvidó mencionar que en todos los casos señalados, es obligación del Juez dar cuenta al Ministerio Fiscal, para que inicie los procedimientos penales respectivos, tomando en cuenta su calidad de delitos y, que el responsable pueda ser sancionado aunque únicamente en el ámbito penal.²⁴³

Con estos requisitos se busca que el proceso se dé de la manera más fácil y ágil y de esta forma, intentar aminorar el daño que ya se ha causado debido a la crisis familiar. El hecho de que las partes puedan proponer las medidas, que deberán tomarse a consecuencia de la separación, busca la adaptación más cercana a los intereses individuales como familiares del hogar que está por romperse, y por ende intenta que puedan tener más efectividad. La figura del juez en este caso es, si se quiere, de conciliador, debido a que una de sus principales funciones, será la de llevar a las partes a un acuerdo acerca de las medidas. Aunque bien podrían prescindir del juez, y acudir a un mediador familiar.²⁴⁴

²⁴¹*Ibíd.*

²⁴²Cabe mencionar que la doctrina encontrada, no se ha pronunciado al respecto.

²⁴³J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 87. *Óp. Cit.*

²⁴⁴Ley 15/2005 (España). Exposición de Motivos. *Óp. Cit.*

La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.²⁴⁵

En el caso en el que el demandado no estuviese de acuerdo con el contenido de la demanda, podría pedir incluso la reconvencción, con las reglas españolas pertinentes a ello, para que lo resuelva el Juez. Por ejemplo, en el caso en el que el demandado proponga en lugar de la acción de divorcio, una de nulidad del matrimonio, determinará radicalmente la decisión del Juez, debido a que si acepta la demanda del actor, se decretará el divorcio y en el caso en el que acepte la reconvencción, deberá declarar nulo el matrimonio y ya no cabría una acción de divorcio.²⁴⁶

Incluso en procesos que se han iniciado antes de la reforma y que por ende, en donde los cónyuges han tenido que fundar su acción de divorcio en causas legales, para poder entablarla, la Audiencia Provincial incluso obviando el principio general de retroactividad, ha establecido que

Resulta estéril la polémica tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de reforma del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, al establecer un sistema de divorcio unilateral no causal, próximo al de repudio, denominado en medios periodísticos "divorcio exprés" por su rapidez y facilidad. Es por ello que si la Ley:

- a) Ha eliminado las causas de separación y divorcio y la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges basta a dicho efecto sin tener que alegar ni justificar motivo o causa.
- b) Si ha suprimido la relación entre ambas figuras, al no ser ya necesaria la separación judicial como paso previo al divorcio (regla general en el sistema anterior), sino que el mismo puede ser pedido directamente.
- c) Si solo exige un plazo muy reducido para demandar una u otro: a partir de los tres meses de contraer matrimonio (ningún plazo en situaciones de violencias familiares o riesgo).
- d) Y si el nuevo régimen legal es aplicable en cuanto a las causas a todos los procesos matrimoniales que se hallaren en curso a la entrada en vigor de la reforma: La conclusión es que ninguno de los litigantes puede pretender de los Tribunales

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* p.106. *Óp. Cit.*

explicaciones o pronunciamientos basados en causas ya desaparecidas y por ello carentes de virtualidad jurídica y práctica.²⁴⁷

Para resumir y como se puede apreciar, para poder llegar al sistema que se conoce hoy en día en España, se dieron paulatinamente además de cambios sociales, cambios ideológicos, los cuales son los que sustentan los primeros, y según Flaquer, quien fue citado por Roca, “lo realmente revolucionario no son tanto estos comportamientos que al fin y al cabo en la actualidad son aun minoritarios entre el grueso de la población, sino su tolerancia e incluso aceptación por parte de casi todo el mundo.”²⁴⁸

Como sucede con todo cambio radical, a gran parte de la sociedad le toma tiempo y le cuesta adaptarse; sin embargo, siempre y cuando exista tolerancia y apertura, se podrán conseguir avances y beneficios no solamente para quienes propugnan el cambio y están convencidos de éste como solución, sino también para quienes no hayan estado convencidos desde el comienzo, pero que al ver su efecto práctico, se den cuenta del porqué del cambio y su adaptabilidad a la realidad.

En definitiva, lo que busca este sistema es facilitar el proceso de divorcio, respetando los derechos de libertad y de intimidad de los cónyuges, eliminar las causales debido al carácter innecesario que se considera, caracteriza a esta tesis, propulsando la idea de que en lugar de sancionar a los cónyuges por la crisis matrimonial que se viva, es preferible concentrarse en verificar el bienestar de éstos, tanto en el plano emocional (al acortar el proceso), como en el económico, debido a la pensión compensatoria que puede surgir, cumpliendo los requisitos a ser verificados en el siguiente capítulo.

²⁴⁷Audiencia Provincial de Coruña. Sección Cuarta. Sentencia N° 413/2006. Recurso 50/2006 de 16 de octubre de 2006.

²⁴⁸Flaquer citado por Encarna Roca. “Globalización y Derecho de Familia. Los trazos comunes del Derecho de Familia en Europa”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ª época. Núm. 4. (2001). p. 31.

3. CAPÍTULO III: Protección al cónyuge: Comparación del Sistema Ecuatoriano con el Español

3.1. Ecuador

Una vez revisados los sistemas de divorcio propios de cada país, podemos pasar a revisar el tema central de esta tesina, el cual gira alrededor de los efectos que tiene la institución de divorcio como tal, tanto frente a los cónyuges como frente a los hijos producto del matrimonio (en el caso de que existan). Esta tesina particularmente, ha sido destinada a la debida protección del cónyuge débil en el divorcio y es por ello que se ha hecho una comparación con el sistema español, el cual trae a colación una institución llamada *pensión compensatoria*, sobre la cual se estudiará en este capítulo, en la parte de España.

Cabe mencionar, que en el Ecuador la protección después del divorcio, está mayormente dirigida hacia los hijos, lo cual se da claramente, por el interés superior del niño. Sin embargo, sí existe cierta protección hacia los cónyuges débiles, la cual como ya se ha revisado a lo largo de esta tesina, está altamente influenciada por el elemento de la culpabilidad y por ende, rige las normas a aplicarse tanto para el nacimiento del divorcio, como para sus efectos.

La principal constancia que cabe hacer es con respecto al cónyuge perjudicado, o sea el que puede demandar judicialmente por la existencia de alguna causal. Es lógico suponer que aquéllas favorecen al que es o ha sido víctima, o como establece la ley, al cónyuge «perjudicado». Lo contrario sería permitir que se beneficie, precisamente quien es responsable de culpa o dolo.²⁴⁹

Según el autor Lepin Molina, fueron las legislaciones de España y Francia las que entablaron las bases de la institución de compensación económica en Chile²⁵⁰, y por el sólo hecho de que, como ya ha sido mencionado anteriormente, la legislación base de la cual ha partido nuestra legislación, sea la chilena, considero que existe una alta

²⁴⁹H. Astudillo Espinosa. *Manual de Derecho Civil: Primer libro del Código Civil del Ecuador*. Quito: D. G. Taller de Diseño Gráfico. Impreso en La Huella, Impresores, 1993.

²⁵⁰C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Gaceta número 344. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/68301681/CRISTIAN-LEPIN-MOLINA-Compensacion-economica-en-Chile>. (acceso: 06/07/2012).

posibilidad de aplicación en nuestro sistema; sin embargo, sobre ese tema me adentraré en el siguiente capítulo.

Tanto en Ecuador como en España, se necesita de la decisión de un juez para que exista validez y eficacia, tanto de los pactos entre los cónyuges, los cuales necesitan de la aprobación u homologación judicial, como de las mismas resoluciones judiciales, por obvias razones.

Sin embargo, una diferencia que podemos encontrar entre ambos sistemas, es que en España, como se establecerá oportunamente en la parte del capítulo destinada a dicho país, en principio, prima la voluntad de los cónyuges para los acuerdos entre ellos, tanto es así, que existe la posibilidad de llegar a un convenio regulador, que será el que establezca las medidas post divorcio, pero solamente en el caso en el que no se haya llegado a un acuerdo, será la ley la que rijan las decisiones del juez en cuanto a ello. En cambio, en el Ecuador como regla general, será la ley la que establezca los parámetros a seguir después de la ruptura del vínculo matrimonial.

En este capítulo se harán mención a algunos de los efectos que surgen del divorcio, en especial los que atañen a la presente tesina, es decir, los que afectan al cónyuge, ya sea directa o indirectamente, como es el caso de algunas medidas que se toman en pos de protección de los hijos de matrimonio.

Existen varias maneras en las que el vínculo matrimonial que unía a los cónyuges puede terminar; sin embargo, el caso que atañe a esta tesina es únicamente el divorcio, el cual como se mencionó en el Capítulo II, puede darse por mutuo consentimiento o por causales. El primero, según Larrea Holguín, “[e]n el mundo actual, no es tan frecuente como el divorcio por causales de ley”. Éste se puede conseguir ya sea a través de la obtención de la sentencia o con el acta notarial de divorcio, es decir, que los cónyuges bien pueden demandar su divorcio frente al juez de lo civil, de acuerdo a las reglas establecidas en el Código Civil²⁵¹, o pedirlo ante el notario en el domicilio de cualquiera de los cónyuges, pues según el artículo 18 de la Ley Notarial, como parte de las atribuciones de los notarios, solamente podrá estar la petición de:

²⁵¹Código Civil del Ecuador, Artículos 107 y 108. 2005. *Óp. Cit.*

[...] 22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil.²⁵²

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 108, establece como regla que:

Transcurrido el plazo de dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el juez de lo civil les convocará a una audiencia de conciliación, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial.²⁵³

En todo caso, es importante señalar que en la demanda de divorcio, deberán estar nombrados los hijos habidos en matrimonio y enumerados tanto los bienes patrimoniales de cada uno de los cónyuges, como los de la sociedad conyugal en caso de haberla²⁵⁴, debido a que posteriormente se llamará a los cónyuges a una audiencia de conciliación, para que se establezcan claramente cuáles serán las medidas respecto del divorcio. Lo último también ocurrirá en el caso del trámite frente a notario:

[...]El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse.²⁵⁵

Existen casos en los que no hay hijos habidos en matrimonio, con lo que la demanda de divorcio, terminará con sentencia que se refiere únicamente a la ruptura del vínculo matrimonial, a menos de que se haya solicitado también la liquidación de la sociedad conyugal, lo cual también podrá ser solicitado en las acciones de divorcio contencioso. Lo mismo ocurrirá con la petición de divorcio ante notario.²⁵⁶

²⁵²Ley Notarial del Ecuador. Artículo. 18 numeral 22. Decreto Supremo 1404. Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966. Última modificación 13 de julio de 2011.

²⁵³Código Civil del Ecuador, Artículo 108. 2005. *Óp. Cit.*

²⁵⁴*Id.*, Artículo 107.

²⁵⁵Ley Notarial del Ecuador. Artículo. 18 numeral. 22. 2011. *Óp. Cit.*

²⁵⁶F. Simon. Apuntes de clase de Derecho de Familia. Primer Semestre año lectivo 2009-2010.

Para el juicio de divorcio contencioso, necesariamente debe existir un juicio a llevarse a cabo por la vía verbal sumaria.²⁵⁷ En este proceso existe una alta importancia sobre la prueba, pues únicamente si se logra establecer de una manera clara y determinante, que uno de los cónyuges se acomodó a una de las causales, se podrá otorgar el divorcio; en caso contrario, la demanda podrá ser desechada. Es importante mencionar también, que aún así el cónyuge demandado se allane a la demanda, en el proceso se deberá probar la causal alegada en ésta. “**Art. 121.-** En los juicios de divorcio, a excepción de los de mutuo consentimiento, se abrirá la causa a prueba, no obstante el allanamiento de la parte demandada.”²⁵⁸

“Una de las diferencias de trámite [entre el juicio de divorcio por mutuo consentimiento y el contencioso] consiste en que la audiencia de conciliación no puede reunirse antes de dos meses de presentada la demanda y requiere nueva petición de los cónyuges o sus procuradores.” Sin embargo, ambas audiencias coinciden en la misma finalidad, “[...] buscar el avenimiento de los litigantes, se empeñará en que se acuerde todo lo relacionado con la alimentación y educación de los hijos, fijando cantidades precisas y suficientes, en armonía con la posibilidad de los padres.”²⁵⁹ Y en general, todo lo relacionado al bienestar de los hijos.

3.1.1. Efectos jurídicos del divorcio respecto de los hijos

Como resultado del divorcio, se crean efectos jurídicos, no sólo para los cónyuges que deciden terminar el vínculo matrimonial, sino para los hijos también. Dentro de este tema, citando a Larrea Holguín, rigen los siguientes principios:

a) [D]ebe prevalecer la convención de los padres respecto del futuro de los hijos; b) a falta de convenio, resuelve el juez de conformidad con reglas rígidas; c) la situación en que quedan los hijos puede modificarse por hechos posteriores, como el nuevo matrimonio de los padres, o sus cambios de fortuna, etc.; d) en todo caso , la regulación de

²⁵⁷ Código Civil del Ecuador, Artículo 118. 2005. *Óp. Cit.*

²⁵⁸ *Id.*, Artículo 121.

²⁵⁹ *Id.*, Artículo 115.

esta situación es condición imprescindible para que el divorcio pueda inscribirse y surtir sus efectos civiles.²⁶⁰

La disposición respecto de las medidas relativas a los hijos, se ha dicho que podría apreciarse como un proceso dentro del proceso de divorcio como tal. En relación de ellas, se da la llamada ejecutoria formal, es decir, que puede cambiar conforme la situación tanto de los hijos como de los padres también puede ser transformada. Cabe mencionar que el mismo juez, tiene la potestad de revisar lo dictaminado, mientras los hijos de matrimonio sean menores de edad o padezcan de alguna inhabilidad.²⁶¹ Tal y como lo establece el artículo 714 del Código de Procedimiento Civil:

En cualquier estado de la causa, el juez podrá revocar el decreto en que se hubiere mandado pagar la pensión provisional. Podrá también rebajar o aumentar esta pensión, si para ello hubiese fundamento razonable. De la providencia que se dicte en estos casos, no se concederá apelación sino en el efecto devolutivo.²⁶²

3.1.1.1. Resolución de la situación económica de los hijos

El artículo 116 ha estipulado que será requisito indispensable para la sentencia de divorcio, el que los padres resuelvan la situación económica de los hijos menores de edad habidos en matrimonio. “[E]stableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. [...]”²⁶³

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquéllos.²⁶⁴

Sin embargo, según autores como Larrea Holguín, existen falencias en esta manera de acordar las medidas frente a los hijos, debido a que

Lo que los padres convengan en la audiencia de conciliación o después, decide la situación de los hijos. Bien pueden acordar algo que no sea conveniente para los hijos, el

²⁶⁰ J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 395. *Óp. Cit.*

²⁶¹ F. Simon. *Apuntes de clase de Derecho de Familia. Óp. Cit.*

²⁶² Código de Procedimiento Civil del Ecuador. 2011. *Óp. Cit.*

²⁶³ Código Civil del Ecuador, Artículo 115. 2005. *Óp. Cit.*

²⁶⁴ *Id.*, Artículo 108.

juez no tiene en este caso la facultad de modificar lo resuelto. La ley le da poderes al juez solamente en caso de falta de acuerdo de los padres.²⁶⁵

Si bien, se establece que: “[l]os hijos deberán estar representados por uno o más curadores ad - litem, según el caso, cuya designación la hará el juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos [...]”²⁶⁶, según el mismo autor, ello no sería garantía suficiente de que se protejan adecuadamente a los menores, a pesar de que serían los familiares de estos últimos quienes estarían decidiendo sobre su bienestar. A mi parecer, sería excepcional el considerar que tanto como progenitores, como familiares podrían querer el malestar de los menores, porque como regla general, buscarán que sus condiciones sean las mejores posibles.

En el Código de la Niñez y Adolescencia se encuentran artículos pertinentes al tema, en donde se puede ver que la misma ley, protege a los menores,

Art. 29.- Aplicación de estas normas en otros juicios.- Dentro de los juicios o procesos por violencia intrafamiliar, reclamación de la filiación, separación de bienes, divorcio y en general, en cualquier otro procedimiento en el que la ley contemple expresamente la posibilidad de solicitar alimentos a favor de niños, niñas y adolescentes, se aplicarán obligatoriamente las normas establecidas en la presente ley.²⁶⁷

Tomando en cuenta lo establecido en el artículo anteriormente citado, se debe conocer, que en el mismo instrumento legal se establece que: “**Art. 293.-** El Juez podrá ordenar de oficio la práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer la capacidad económica del alimentante y las necesidades del alimentado.”²⁶⁸ Con lo que se resguarda la estabilidad económica de éstos.

Art. 15.- Parámetros para la elaboración de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.- El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, definirá la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas en base a los siguientes parámetros:

a) Las necesidades básicas por edad del alimentado en los términos de la presente Ley;

²⁶⁵ J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 395. *Óp. Cit.*

²⁶⁶ Código Civil del Ecuador. Artículo 108. 2005. *Óp. Cit.*

²⁶⁷ Código de la Niñez y Adolescencia. Ley 100. Artículo 29. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003. Última modificación 28 de julio de 2009.

²⁶⁸ *Id.*, Artículo 293.

b) Los ingresos y recursos de él o los alimentantes, apreciados en relación con sus ingresos ordinarios y extraordinarios, gastos propios de su modo de vida y de sus dependientes directos;

c) Estructura, distribución del gasto familiar e ingresos de los alimentantes y derechohabientes; y,

d) Inflación.

El Juez/a, en ningún caso podrá fijar un valor menor al determinado en la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas. Sin embargo podrá fijar una pensión mayor a la establecida en la misma, dependiendo del mérito de las pruebas presentadas en el proceso.

Las pensiones establecidas en la tabla serán automáticamente indexadas dentro de los quince primeros días del mes de enero de cada año, considerando además el índice de inflación publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, (INEC) en el mes de diciembre del año inmediato anterior y en el mismo porcentaje en que se aumente la remuneración básica unificada del trabajador en general.

En los casos en que los ingresos del padre y la madre no existieren o fueren insuficientes para satisfacer las necesidades del derechohabiente, el Juez/a a petición de parte, dispondrá a los demás obligados, el pago de una parte o de la totalidad del monto fijado, quienes podrán ejercer la acción de repetición de lo pagado contra el padre y/o la madre, legalmente obligados al cumplimiento de esta prestación.²⁶⁹

3.1.1.2. Patria potestad, estancia y cuidado

En general, nuestro sistema ha determinado que el progenitor que esté a cargo y cuidado de los hijos, será quien ejerza la patria potestad, en especial debido al aspecto práctico, tomando en cuenta que quien será titular del derecho de uso y habitación de la vivienda familiar, será el mismo cónyuge y que lo que se busca es siempre el bienestar de los hijos. En adición, se encuentra el hecho de que quien ostente la patria potestad de sus hijos, debe representarlos y autorizar sus actos, por lo que el otorgarlo al cónyuge que no tenga dicha facultad, dificultaría su ejecución.²⁷⁰

Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 307 del Código Civil, “[...] los padres podrán, con todo, apartarse de esta regla, por mutuo acuerdo y con autorización del juez, quien procederá con conocimiento de causa.”²⁷¹ Es decir, que esta regla sí admite excepciones convencionales, las cuales velarán por los intereses de los hijos. A manera de ejemplo, ello podría darse en el caso en el que la madre es más

²⁶⁹ *Id.*, Artículo 15.

²⁷⁰ J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 395. *Óp. Cit.*

²⁷¹ Código Civil del Ecuador, Artículo 307. 2005. *Óp. Cit.*

apta para el cuidado de éstos; no obstante, no haya desarrollado mucho sus habilidades administrativas.²⁷² En la posición contraria a esta excepción, se encuentran autores como Larrea Holguín, que la argumentan así: “[n]o creo, en cambio que se pueda dividir totalmente la patria potestad, confiriendo a un padre la administración y usufructo de los bienes y al otro la representación de los hijos, ya que desvirtuaría el concepto de patria potestad.”²⁷³

En todo caso para aclarar el tema, siguiendo a lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia, en primer lugar partiendo del hecho de que: “**Art. 104.-** Respecto a la patria potestad se estará a lo dispuesto en el Código Civil sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.”²⁷⁴ Se deberá tomar en cuenta este instrumento legal, en razón de su especialidad y posterioridad por encima de las estipulaciones del Código Civil. Consecuentemente, se seguirá lo prescrito por el primero, el cual establece que:

Art. 105.- La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley.²⁷⁵

Si bien como se establece en el Artículo 105, el ejercicio de la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones, bien podría dividirse, mirando siempre la conveniencia que pueda tener el hijo o hija de la familia, partiendo del interés superior del niño; de acuerdo a lo estipulado en el siguiente artículo.

Art. 118.- Cuando el Juez estime más conveniente para el desarrollo integral del hijo o hija de familia, confiar su cuidado y crianza a uno de los progenitores, sin alterar el ejercicio conjunto de la patria potestad, encargará su tenencia siguiendo las reglas del artículo 106.

También podrá confiar la tenencia con atribución de uno o más de los derechos y obligaciones comprendidos en la patria potestad, teniendo siempre en cuenta la conveniencia señalada en el inciso [...] (sic) anterior.²⁷⁶

²⁷² J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 396. *Óp. Cit.*

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 104. 2009. *Óp. Cit.*

²⁷⁵ *Id.*, Artículo 105.

²⁷⁶ *Id.*, Artículo 118.

En adición, respecto de este tema, el artículo 106 del Código de la Niñez y Adolescencia ha estipulado ciertas reglas a seguirse:

Para confiar la patria potestad en los casos previstos en el artículo 325 del Código Civil, el Juez, luego de oír al adolescente, al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión observará las siguientes reglas:

1.- Se respetará lo que acuerden los progenitores siempre que ello no perjudique los derechos del hijo o la hija;

2.- A falta de acuerdo de los progenitores o si lo acordado por ellos es inconveniente para el interés superior del hijo o hija de familia, la patria potestad de los que no han cumplido doce años se confiará a la madre, salvo que se pruebe que con ello se perjudica los derechos del hijo o la hija;

3.- Tratándose de los hijos o hijas que han cumplido doce años, la patria potestad se confiará al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que estén en mejores condiciones de prestar a los hijos e hijas la dedicación que necesitan y un ambiente familiar estable para su desarrollo integral;

4.- Si ambos progenitores demuestran iguales condiciones, se preferirá a la madre, siempre que no afecte el interés superior del hijo o la hija;

5.- En ningún caso se encomendará esta potestad al padre o madre que se encuentre en alguna de las causales de privación contempladas en el artículo 113; y,

6.- En caso de falta o de inhabilidad de ambos progenitores para el ejercicio de la patria potestad, el Juez nombrará un tutor de acuerdo a las reglas generales.

La opinión de los hijos e hijas menores de doce años, será valorada por el Juez, considerando el grado de desarrollo de quien lo emita. La de los adolescentes será obligatoria para el Juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral.²⁷⁷

Frente a la disposición de que la opinión de los hijos menores de doce años deberá ser valorada por el juez, Larrea Holguín ha opinado que deberá hacerse de una manera madura y prudente, a través de informes que le permitan determinar con cuál de los padres les resultará más beneficioso a los hijos, y, aunque a este autor le han quedado dudas, finalmente concluye diciendo que: “[c]on acierto, el Código de la Niñez ordena que se escuche a los hijos, y el juez, con la debida prudencia, ha de procurar concertar la opinión de los padres y de los menores, buscando encontrar la solución menos perjudicial para los hijos de hogares disueltos.”²⁷⁸ Y respecto de los adolescentes, se puede ver que son ellos quienes toman la decisión respecto a este tema, debido a la obligación que tiene el juez de escucharlos.

²⁷⁷ *Id.*, Artículo 106.

²⁷⁸ J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* pp. 396, 397. *Óp. Cit.*

Art. 60.- Derecho a ser consultados.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.

Ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado o presionado de cualquier forma para expresar su opinión.²⁷⁹

Debo afirmar, que concuerdo con esta opinión, pues quiénes más, que los mismos afectados con la ruptura matrimonial, para poder decidir cuál de los progenitores le podrá proporcionar mayor seguridad y estabilidad después de tanto sufrimiento, y sobre todo, con quién tienen mayor afinidad.

Y si bien de acuerdo a lo establecido en el artículo 108 del Código Civil, estas reglas operarán sólo en el caso en el que los cónyuges, no llegaren a un acuerdo en la audiencia de conciliación prevista con ese fin, solamente será en el caso en el que no contradigan las anteriormente mencionadas, debido a la especialidad del Código de la Niñez y Adolescencia versus el Código Civil, como ley general que es.

1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo, y de las hijas en toda edad;

2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elijan;

3. No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos, inconveniencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualesquiera de los motivos señalados en el Art. 110;

5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiere vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayor edad; y,

6. En el caso de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres correspondería la guarda en su orden, según las reglas del Art. 393, pudiendo el juez alterar ese orden, si la conveniencia de los hijos así lo exige. A falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, y fijará, al efecto, la pensión que deban pagar [...].²⁸⁰

En ambos de los artículos previamente citados, se ve claramente el elemento de culpabilidad, del cual se ha venido hablando a lo largo de esta tesina. Es importante

²⁷⁹Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 60. 2009. *Óp. Cit.*

²⁸⁰Código Civil del Ecuador, Artículo 108. 2005. *Óp. Cit.*

señalar, que el cónyuge que haya causado el divorcio, de acuerdo a lo prescrito por el Código Civil, no podría tener la atribución de la patria potestad frente a sus hijos, debido a que para nuestro sistema doctrinario y legislativo, es culpable de la ruptura y por ello, puede ser imputable de la calificación de inhábil moralmente, lo que lo imposibilita de poder hacerse cargo de sus hijos. Asimismo, en el caso en el que el cónyuge titular de la patria potestad, decidiera rehacer su vida y contraer nuevas nupcias, podría también perder esta titularidad. Sobre esta norma, Larrea Holguín ha establecido que el cuidado de los hijos al otro cónyuge, dependería también de que éste no haya contraído nuevas nupcias y que sea hábil moral y jurídicamente para hacerlo.²⁸¹

Frente a esta posición, cabe mencionar que resultaría injusto el hecho de privar del derecho de un padre/madre de cuidar a sus descendientes, debido a una mala relación con su ex cónyuge, podría ser el mejor padre o madre, pero por el hecho de haber incurrido en una de las causales de divorcio de nuestro sistema, no podría gozar de ciertos derechos frente a sus hijos, a pesar de la independencia que claramente tienen ambos aspectos. En adición, con ello se estaría dejando de lado la voluntad que pueda tener el hijo, de querer vivir con el padre/madre, que lamentablemente se ajuste a las prohibiciones que establece el Código para que lo pueda hacer.

Afortunadamente, en el Código de la Niñez y Adolescencia, estas “causales” para el impedimento del cuidado de los hijos, no están concebidas, por lo que el sistema toma en cuenta únicamente aquéllas que dicho código prescribe. Las cuales se leen así, en el caso de suspensión de la patria potestad

Art. 112.- La patria potestad se suspende mediante resolución judicial, por alguna de las siguientes causas:

1. Ausencia injustificada del progenitor por más de seis meses;
2. Maltrato al hijo o hija, de una gravedad que, a juicio del Juez, no justifique la privación de la patria potestad con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 113;
3. Declaratoria judicial de interdicción del progenitor;
4. Privación de la libertad en virtud de sentencia condenatoria ejecutoriada;
5. Alcohólico y dependencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que pongan en peligro el desarrollo integral del hijo o hija; y,

²⁸¹J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 398. *Óp. Cit.*

6. Cuando se incite, cause o permita al menor ejecutar actos que atenten contra su integridad física o moral.

Una vez desaparecida la causa que motivó la suspensión, el padre o madre afectado podrá solicitar al Juez la restitución de la patria potestad.

Suspendida la patria potestad respecto de uno de los progenitores; la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo o hija un tutor.²⁸²

Y en cuanto a la privación o pérdida judicial de la patria potestad, se tomarán en cuenta las siguientes causales:

Art. 113.- La patria potestad se pierde por resolución judicial, por uno o ambos progenitores, en los siguientes casos:

1. Maltrato físico o psicológico, grave o reiterado del hijo o hija;
2. Abuso sexual del hijo o hija;
3. Explotación sexual, laboral o económica del hijo o hija;
4. Interdicción por causa de demencia;
5. Manifiesta falta de interés en mantener con el hijo o hija las relaciones parentales indispensables para su desarrollo integral, por un tiempo superior a seis meses;
6. Incumplimiento grave o reiterado de los deberes que impone la patria potestad; y,
7. Permitir o inducir la mendicidad del hijo o hija.

Privado uno de los progenitores de la patria potestad, la ejercerá el otro que no se encuentre inhabilitado. Si ambos lo están, se dará al hijo no emancipado un tutor. A falta de los parientes llamados por ley para ejercer la tutela sea porque no existe o porque no pueden asumirla, el Juez declarará en la misma la resolución de privación, la adoptabilidad del niño, niña o adolescente.²⁸³

3.1.2. Efectos jurídicos del divorcio respecto de los cónyuges

Es importante señalar que “[...] la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en su inscripción en el Registro Civil, y desde ese momento se producen sus efectos, más o menos importantes, pero simples efectos.”²⁸⁴ En el mismo juicio de disolución del vínculo matrimonial, se puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal, si bien antes, solamente podía pedirlo la mujer, ahora la norma estipula lo siguiente: “**Art. 113.-** Cualesquiera de los cónyuges tendrá derecho a solicitar que en el mismo juicio de divorcio se liquide la sociedad conyugal y se fije la cantidad que se le ha de entregar en conformidad con el artículo anterior.”²⁸⁵

²⁸²Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 112. 2009. *Óp. Cit.*

²⁸³*Id.*, Artículo 113.

²⁸⁴J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 400. *Óp. Cit.*

²⁸⁵Código Civil del Ecuador, Artículo 113. 2005. *Óp. Cit.*

El artículo anterior, al que se hace referencia en esta norma se refiere al derecho a la quinta parte sobre los bienes del cónyuge, sobre lo cual se ahondará en el siguiente acápite.

3.1.2.1. Derecho sobre la quinta parte de los bienes del cónyuge

Este derecho, podría ser considerado el más parecido a la figura española de la pensión compensatoria, pues el cónyuge que después de la liquidación de la sociedad conyugal, tenga una peor situación económica frente al otro, tendrá derecho a una parte de sus bienes. Dentro de este derecho, se abren dos escenarios posibles; el primero, que el cónyuge débil económicamente carezca por completo de lo esencial para subsistir, por lo que tendrá derecho a la quinta parte de los bienes del otro; y, el segundo, que el cónyuge sí tenga bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, entonces tendrá derecho al complemento de ésta.²⁸⁶

Cabe recalcar que esta operación, deberá ser realizada en el ejercicio de la liquidación conyugal, pues los valores que de allí salgan, deberán ser considerados para la atribución de gananciales que corresponde a cada uno de los cónyuges tal y como lo establecen los artículos 112 y 113.

Sin embargo, frente a todo ello, caben excepciones, es decir, que el cónyuge débil económicamente podrá ser acreedor de dicho derecho, “salvo que sea el causante del divorcio, [pero como excepción a la excepción,][...] el cónyuge que se hallare en los casos previstos en la causal 8 y en el inciso segundo de la causal 11 del Art. 110, conservará este derecho.”²⁸⁷ Numerales que se refieren respectivamente, a la enfermedad grave y al abandono que hubiere durado más de tres años, en el que cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio.

Respecto de ambos, como expresé en el capítulo II, pueden entenderse como desprovistos del elemento de culpabilidad. En el primer caso, la causal de enfermedad grave, es considerada como *inculpaba*, es decir, que no depende de la voluntad del cónyuge, o el hecho de que éste no ha buscado dicha consecuencia; y, en el segundo

²⁸⁶ *Id.*, Artículo 112.

²⁸⁷ *Ibíd.*

caso, en ciertos casos también podría ser considerada como una causal *inculpaba*, aunque bajo la premisa de que lo estaría solicitando el cónyuge abandonado, ya que él no habría ejecutado el abandono.

Existe un tercer caso, que la ley no consideró para establecer como excepción, y son otro tipo de enfermedad como dejé claro, de igual manera, en el capítulo dos, y son la toxicomanía y la ebriedad consuetudinaria. También pueden ser consideradas como *inculpabas*, debido a que éstas no son buscadas y tienen una explicación científica por detrás; y más aún, no buscan hacerle daño al cónyuge inocente, a pesar de que en muchos de los casos lo puedan hacer, la mayoría generalmente se da, cuando este tipo de enfermos no se encuentra en estado consciente.

En contraria opinión, apoyando a la posición doctrinaria tradicional, Larrea Holguín considera

[R]adical [la] injusticia contenida en el inciso segundo del numeral 11, [la cual] se refleja en otras numerosas disposiciones, como en esta misma, en efecto, el cónyuge que culpablemente abandona el hogar puede al cabo de cuatro años no sólo conseguir el divorcio, fundándose en su propia conducta ilegal, sino también puede exigir que el cónyuge inocente le entregue una parte de sus bienes.²⁸⁸

Con esta explicación, se puede ver, que aquí radica otra de las diferencias de nuestro sistema de divorcio-sanción versus el sistema de divorcio-remedio de España, tema al que se ha hecho alusión anteriormente, debido a que la culpabilidad de uno de los cónyuges, y su castigo, se traduce inclusive en la parte económica, al no poder ser merecedor de la quinta parte de los bienes o a su complemento, según sea el caso. “El cónyuge inocente, el cónyuge perjudicado tiene derecho a seguir subsistiendo modestamente, de un modo correspondiente a su posición social, a costa del cónyuge culpable.”²⁸⁹

Según Larrea Holguín, aunque con el divorcio terminan deberes conyugales como el de alimentos, la ley protege al cónyuge que carece de lo necesario para su congrua

²⁸⁸J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 403. *Óp. Cit.*

²⁸⁹J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto.* p. 327. *Óp. Cit.*

sustentación y ello equivale “a una provisión alimenticia, aunque no tiene los caracteres de periodicidad y otros del derecho de alimentos.”²⁹⁰

A pesar de la disolución del matrimonio, que el divorcio supone, casi todas las legislaciones reconocen que queda en pie, entre los que fueron cónyuges, un derecho de alimentos, que, por regla general, se atribuye al inocente y se hace gravitar sobre el culpable. En esta concepción, esa obligación no deriva ya del matrimonio que ha desaparecido, sino del hecho de haber ocasionado culpablemente el divorcio.²⁹¹

Clérigo citado por Lovato, nos describe la doctrina del derecho francés, la cual hasta la actualidad reposa sobre el concepto de culpabilidad, a lo que nuestro ordenamiento ha recogido las bases de éste, para hacerlas propias. Éste por su parte, también hace mención al sistema alemán, en donde,

Como consecuencia del principio de culpabilidad sobre el que descansa la constitución del derecho de alimentos entre cónyuges divorciados, si los dos fuesen declarados culpables, no habrá lugar al pago de pensión alimenticia por parte de ninguno de ellos.²⁹²

En todo caso, para una mayor explicación del derecho de alimentos protegido por nuestra legislación, revisaré el contenido de algunos de los artículos pertinentes al tema.

El artículo 349 del Código Civil, enumera las personas a las que se deben alimentos y entre ellas se encuentran los cónyuges²⁹³; por su parte el 352 del mismo instrumento legal, estipula las excepciones a los beneficiarios de este derecho, las cuales se darán “[...] generalmente en los casos en que el alimentario se haya hecho culpado de injuria no calumniosa grave contra la persona que le debía alimentos”²⁹⁴.

Aquí se puede ver reforzado el elemento de culpabilidad, aludido tantas otras veces. Por último, el artículo 358 establece los límites de los alimentos, “[t]anto los alimentos congruos, como los necesarios, no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo

²⁹⁰J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 403. *Óp. Cit.*

²⁹¹L. Fernández Clérigo. *Derecho de Familia en la legislación comparada.* En J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto.* p. 327. *Óp. Cit.*

²⁹²*Id.*, p. 328.

²⁹³Código Civil del Ecuador, Artículo 349. 2005. *Óp. Cit.*

²⁹⁴*Id.*, Artículo 352.

correspondiente a su posición social, o para sustentar su vida.”²⁹⁵, lo cual me parece perfectamente lógico, pues el objetivo de esta figura, es la de socorrer al ex cónyuge, mas no a través de la creación de un perjuicio para el alimentario.

Pasando a otro asunto, con semejanza a lo dictaminado por la jurisprudencia española, nuestra legislación, en el artículo 123 del Código Civil, establece que: “Son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio y la de divorcio. Lo es también el derecho del cónyuge a que, en caso de divorcio, se le entregue la parte de los bienes del otro, a que se refiere el Art. 112.”²⁹⁶ Y digo semejanza, pues como se verá más adelante, en España después de haber discutido si es renunciable o no la pensión compensatoria, se ha llegado a la conclusión de que no lo es, al igual que aquí esta figura análoga.

4o. Conforme al Art. 143 del Código Civil son irrenunciables la acción de nulidad de matrimonio, la de divorcio y el derecho de la mujer a que, en éste último caso, se le entregue la parte de los bienes a que le da opción el Art. 134 del Código Civil; más en el presente caso hay una sentencia ejecutoriada que aprueba la renuncia, sin que exista en nuestra ley recurso alguno para pedir su nulidad.

5o. Cabría objetar, sin embargo que la renuncia fue extemporánea y que sólo declarado el divorcio pudo la mujer, en conformidad con el Art. 135 del Código Civil, pedir la liquidación de la sociedad conyugal y la consiguiente fijación de la cantidad que se le debía entregar de acuerdo con el artículo precedente. Más en este caso habría que concluir que, habiendo Libia Laino propuesto la liquidación y fijación una vez concluido el juicio de divorcio, ha prescrito su acción por el transcurso de dieciocho años.²⁹⁷

Si bien en esta decisión, la Corte Suprema se ha pronunciado diciendo que habiendo sentencia ejecutoriada, que apruebe la renuncia del cónyuge débil económicamente, ésta se entenderá aprobada y por ende, ya no operará su irrenunciabilidad a este derecho; resulta insólito observar que si ha sido la misma ley la que ha establecido que existe irrenunciabilidad de este derecho, se haya podido aprobar dicha renuncia, pues se sabe que toda estipulación en contrario a la ley resulta nula. Entonces en teoría, únicamente cabría la discusión de la prescripción de dicho derecho y no si es o no renunciable.

²⁹⁵ *Id.*, Artículo 358.

²⁹⁶ *Id.*, Artículo 123.

²⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial 11, de 9 de marzo de 1965. Serie X, p. 3495.

Respecto de la efectividad que pueda tener el derecho a la quinta parte de los bienes hacia el cónyuge inocente, la Corte Suprema ha hecho una analogía, al establecer que puede considerársele semejante a la porción conyugal²⁹⁸, debido a que ésta ha determinado lo siguiente:

El derecho a la porción conyugal queda fijado al tiempo del fallecimiento del otro cónyuge, conforme al art. 1230 del citado Código, y de igual manera al tratarse de la primera de las asignaciones mencionadas, es el momento del divorcio el que debe tenerse en cuenta para establecer el derecho de la mujer en la quinta parte de los bienes del marido, de modo que el aumento o la disminución que estos experimenten posteriormente a las modificaciones que afecten a su valor no pueden beneficiar o perjudicar al mencionado derecho.²⁹⁹

Por lo que independientemente de que el derecho se haga o no efectivo de manera inmediata, el momento que se tomará como punto de partida para establecerlo, será el del divorcio como tal.³⁰⁰ Allí se encuentra otra similitud con el sistema español, debido a que como se mencionará posteriormente, el desequilibrio económico entre los cónyuges, y consecuentemente el derecho a la pensión compensatoria, también es tomado en cuenta desde el momento mismo en el que hay la ruptura del vínculo matrimonial y no después.

3.1.2.2. Revocación de donaciones

En primer lugar, considero pertinente hacer referencia a lo estipulado por la legislación civil, acerca de las donaciones por concepto de matrimonio:

Las donaciones que un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, se llaman en general donaciones por causa de matrimonio.³⁰¹

De acuerdo a lo establecido en el artículo 114 del Código Civil ecuatoriano, “El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpado, siempre

²⁹⁸J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 403. *Óp. Cit.*

²⁹⁹Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial 13, de 15 de agosto de 1951. Serie XIII, p. 1493.

³⁰⁰J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 403. *Óp. Cit.*

³⁰¹Código Civil del Ecuador, Artículo 208. 2005. *Óp. Cit.*

que éste haya dado causa al divorcio, salvo los casos contemplados en el Art. 110, causal 8., e inciso 2o. de la causal 11.”³⁰² Con lo que se puede apreciar, que se aplican las mismas reglas que para el derecho a la quinta parte de los bienes, basándose en los mismos principios.

La doctrina, como ya se ha dicho, concuerda con el sistema de divorcio-sanción, no solamente para la petición del mismo, basada en las causales, sino también en sus efectos:

Aunque no lo dice expresamente la ley, parece razonable que no habría lugar a la revocatoria de las donaciones si el divorcio se declara reconociendo la culpabilidad en ambos cónyuges. El que puede revocar es únicamente el “inocente” o sea aquel que no ha sido culpable.³⁰³

En adición a ello, Larrea Holguín ha considerado que la ley no ha aclarado el punto, respecto al tratamiento de las donaciones, hasta que no sean revocadas por el cónyuge inocente, según él “[l]as cosas donadas deberán restituirse, siguiendo las reglas generales, y probablemente debe considerarse poseedor de mala fe al cónyuge condenado.”³⁰⁴

Respecto de este tema, no se ha podido encontrar jurisprudencia, que demuestre la forma de proceder de los cónyuges en la práctica.

3.1.2.3. Atribución del derecho de uso y habitación

Para poder entrar a este tema, considero necesario, establecer el concepto bajo el cual se maneja en el Ecuador a esta figura:

El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa.

Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación.³⁰⁵

³⁰² *Id.*, Artículo 114.

³⁰³ J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 402. *Óp. Cit.*

³⁰⁴ *Ibidem.*

³⁰⁵ Código Civil del Ecuador, Artículo 825. 2005. *Óp. Cit.*

El cónyuge que quede a cargo del cuidado de los hijos de matrimonio, que sean menores o incapacitados, podrá acceder al derecho de uso y habitación de la vivienda que hayan destinado para ese fin,

En el caso de que exista un solo bien social destinado a vivienda, el cónyuge al cual se le confíe el cuidado de los hijos menores o minusválidos, tendrá derecho real de uso y habitación, mientras dure la incapacidad de los hijos, debiendo inscribirse la providencia o sentencia que los constituye en el registro de la propiedad respectivo.³⁰⁶

Luis Parraguez, ha expresado que para que concurra la atribución de este derecho, debe verificarse el cumplimiento de ciertos elementos. El primero al que se hace referencia, es el hecho de que la ley establece que solamente deberá existir un inmueble social cuyo destino sea el de vivienda, entonces, el hecho de que existan dos o más inmuebles, limitaría este derecho, tomando en cuenta que bien podría ocurrir, que el otro cónyuge impida su utilización o se resista a ella. Incluso podría darse el caso de que los otros inmuebles se encuentren entregados en arrendamiento o comodato. Es por ello, que este autor sostiene que la norma debería haberse referido *al inmueble destinado a vivienda*, con lo que se podría dar una mayor garantía y seguridad de vivienda, tanto a los hijos, como al cónyuge que debiera hacerse cargo de los mismos.³⁰⁷

Así se logra apreciar en la siguiente jurisprudencia:

[...]Para que pueda ejercerse este derecho de uso y habitación previsto en el artículo agregado a continuación de 194 del Código Civil, es menester demostrar como en derecho corresponde, que existe un solo bien social destinado a vivienda; y debe entenderse por tal únicamente el bien inmueble de propiedad de la sociedad conyugal que, al momento de concederse este derecho a favor del cónyuge al cual se le confíe el cuidado de los hijos menores o minusválidos, se halla destinado a vivienda de la familia (cónyuges e hijos), pues si no lo está, como eventualmente pudiera suceder si la sociedad conyugal fuera propietaria de una casa, pero en lugar de habitarla estuviera dada en arriendo, pues en este hipotético caso este bien social estaría destinado al arriendo y no a la vivienda.³⁰⁸

En segundo lugar, es esencial que el cónyuge beneficiario de este derecho, sea quien vaya hacerse cargo de sus hijos, lo cual bien podrá ser dictaminado mediante una

³⁰⁶Id., Artículo 190.

³⁰⁷L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen II. p.196. *Óp. Cit.*

³⁰⁸Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 130. Registro Oficial 483 de 16 de diciembre de 2004.

decisión judicial, o bien podría hacerse en el caso en el que los cónyuges lo acuerden así, a pesar de que ello no esté expresamente establecido en el artículo 190 del Código Civil. Este derecho podrá ser atribuido tanto una vez disuelta la sociedad, como antes; debido a que lo importante para su atribución, es el hecho de que los hijos estén bajo el cuidado del cónyuge a ser beneficiario del derecho.³⁰⁹

Y por último, los derechos de uso y habitación, deberán ser declarados ya sea en una sentencia o en una providencia, pues así se establece en la última parte del primer inciso del artículo al que se hace mención. Es por ello, que podrá ser el resultado tanto de un juicio propuesto con el objetivo de que se declare ese derecho, para lo cual el derecho se constituirá en la sentencia, como bien podrá ser, dictaminado en una providencia judicial, como parte de una petición del cónyuge a ser acreedor de este derecho, en otro juicio de naturaleza similar.³¹⁰

En cuanto a las características de este derecho, se puede ver que no se alude solamente a la utilización de la vivienda social, consiste como tal en los derechos de uso y habitación con toda la reglamentación pertinente a ellos, como por ejemplo el hecho de que el titular del bien, bien puede proponer una acción persecutoria, con el fin de recuperar la posesión, que actualmente ya no tiene. Esta es una de las razones por las cuales, la legislación prescribe como obligación el registrar la sentencia o providencia que dictamine el derecho de uso y habitación del cónyuge no titular.

Cabe mencionar, que en la norma se establece, que estos derechos únicamente subsistirán a favor del cónyuge no titular del bien, mientras tenga el cuidado de sus hijos, que bien podrá depender de la duración de la incapacidad de los mismos³¹¹ o de que exista una nueva sentencia o providencia, que le arrebathe el cuidado de éstos, pasándolo ya al otro cónyuge o a una tercera persona. Y finalmente, se tratan de derechos excluyentes frente al cónyuge titular del bien, pues éste queda impedido de cohabitar en la vivienda.³¹²

³⁰⁹L. Parraguez. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen II. p.196. *Óp. Cit.*

³¹⁰*Id.*, p.197.

³¹¹*Id.*, p.198.

³¹²*Ibid.*

De cualquier modo, Larrea Holguín ha expresado que para el caso en el que “[...] ambos cónyuges han arrendado el edificio del hogar común, el juez tendrá que decidir a cargo de quién deba quedar.”³¹³

3.1.2.4. Bienes excluidos de la liquidación de la sociedad conyugal

El artículo 116 del Código Civil de nuestro país, dispone que:

Si se disolviere el vínculo matrimonial por la causal de separación con ruptura de relaciones conyugales, para la liquidación de la sociedad conyugal no se tomarán en cuenta los bienes que hubiera adquirido el cónyuge agraviado, con su trabajo exclusivo, pues, en este caso, dichas adquisiciones se considerarán como patrimonio personal de tal cónyuge.³¹⁴

Revisando la jurisprudencia, encontré una en la que en primera instancia se estableció que:

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 116 del Código Civil, no se tomará en cuenta como formando parte del haber conyugal los dos bienes descritos en la presente sentencia, es decir que se deben considerar como del propio patrimonio personal de la actora, señora Cleofa Esmeralda Castillo Villegas, tanto el solar No. 2 como villa, de la manzana BW de la Tercera Etapa de la Urbanización La Alborada, parroquia Tarqui, cantón Guayaquil ... así como tampoco la villa construida sobre terreno municipal con entrega de obra del señor Carlos Arenilla Alvarado a favor de la actora [...]³¹⁵

Sin embargo, la Corte Superior confirmó la decisión, pero la reformó al incluir los bienes expresados en la cita precedente, como bienes sociales a ser liquidados, contradiciéndose debido a que primera instancia los excluyó y por ende, de haber confirmado la decisión, se entendería que se mantendrían excluidos. Afortunadamente en tercera instancia se confirma la sentencia de primer nivel, excluyendo los bienes de acuerdo a lo establecido en la ley.

Es importante mencionar, que esta figura de exclusión, también concuerda con elemento de culpabilidad propio del sistema de divorcio-sanción ecuatoriano. Pues si bien no se tomarán en consideración como parte de la sociedad conyugal, a los bienes

³¹³J. Larrea Holguín. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III.* p. 402. *Óp. Cit.*

³¹⁴Código Civil del Ecuador. Artículo 116. 2005. *Óp. Cit.*

³¹⁵Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 186. Registro Oficial 25 de 25 de mayo de 2005.

obtenidos gracias al mero trabajo del cónyuge perjudicado con el divorcio, sí se lo hará con los del cónyuge culpable. Se entendería que la ley ha prescrito esta norma, como forma de castigar a quien se haya acomodado a una o más causales de divorcio. Lo cual podría ser considerado injusto, al tomar en cuenta que este último bien pudo haber adquirido dichos bienes, aun cuando todavía no se hayan manifestado las causales.

O incluso en el caso en el que el cónyuge esté incurso en las causales *inculpabas*, sobre las cuales ya se ha hecho la debida explicación, allí sería incluso más injusto. Por ejemplo, cuando el cónyuge padezca de una enfermedad grave, incurable y contagiosa o transmisible, o cuando tenga otro tipo de enfermedad como la toxicomanía o ebriedad consuetudinaria, a pesar de que el Código no las haya considerado así.

3.2. España

El haber analizado cómo evolucionó el sistema legislativo español, hasta llegar al de divorcio sin causa, nos permite tener una idea más clara de la amplitud ideológica a la que se ha llegado y que actualmente se maneja. Si bien es cierto que

Históricamente, podemos decir que su desarrollo (el de la pensión compensatoria) es paralelo al divorcio, de manera que sus inicios se encuentran en el divorcio por culpa, que traía aparejada la sanción de pago de una pensión alimenticia a favor del cónyuge inocente.³¹⁶

En la actualidad, ya han dejado a un lado la ideología que determina a la culpabilidad como elemento determinante en la ruptura de vínculo matrimonial, para pasar a enfocarse a la efectiva protección a quien tenga un desequilibrio económico, como consecuencia de dicha ruptura.

Es así como en la última reforma a la legislación civil española, se concluye que el cónyuge llamado deudor de la pensión compensatoria (sobre la cual se profundizará en este capítulo), “[...] no debe ser «culpable» necesariamente de la separación o divorcio para estar obligado al pago de la pensión del artículo 97”.³¹⁷

³¹⁶C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit. Los paréntesis fueron añadidos para una mayor comprensión de la cita en el contexto utilizado.

³¹⁷L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.127. Óp. Cit.

Efectivamente, “[l]a nueva regulación de la pensión o compensación en caso de separación o divorcio, [...] consider[a] (sic) intrascendentes los hechos motivadores de la ruptura conyugal (culpabilidad).”³¹⁸ De esta manera, se estaría dejando de lado un concepto subjetivo como lo es el de la culpabilidad, de acuerdo a lo que se ha analizado a lo largo de esta tesina, para poder pasar a aplicar una determinación objetiva, es decir, la económica.

3.2.1. Convenio regulador vs medidas adoptadas judicialmente

La legislación española plantea como primera opción, que los cónyuges que inicien en un proceso de divorcio, planteen un convenio regulador, respecto de las medidas que se tomen como consecuencia de la ruptura de vínculo que los unía. Esta iniciativa parte del “reconocimiento de la realidad de que nadie mejor que los interesados para crear entre ellos su propia normativa”³¹⁹, esto además del respeto a la tendencia privatizadora de la familia que tiene este país.

Sin embargo, es fundamental que el convenio al que se llegue, sea aprobado judicialmente, lo cual requiere no sólo de la homologación o calificación, y verificación del cumplimiento de los mínimos aspectos que en la ley se plantean, sino que también se debe examinar si existe algún aspecto dañoso o perjudicial tanto para los hijos como para uno de los cónyuges.³²⁰ En el caso en el que no se cumplan estos aspectos o se denote un daño, permitirán que el juez se niegue a aprobar el convenio presentado, motivando su denegación y los cónyuges deberán presentar una nueva propuesta para ser aprobada.

Solamente una vez que consigan la aprobación u homologación del juez, podrán hacer efectivo dicho convenio, por la vía de apremio, y de igual manera, el juez puede

³¹⁸ Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil...”. p. 139. *Óp. Cit.* En el texto original, iba lo siguiente: “La nueva regulación de la pensión o compensación en caso de separación o divorcio, además de considerar intrascendentes los hechos motivadores de la ruptura conyugal (culpabilidad).”; sin embargo, se hizo una adaptación más congruente al texto.

³¹⁹ L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* p.119. *Óp. Cit.*

³²⁰ Ley 15/2005 (España). Artículo 90. *Óp. Cit.*

establecer las garantías reales o personales, con el fin de que se cumpla lo dictaminado en él.³²¹ Respecto de este tema, se profundizará más adelante.

No obstante, en el caso en el que los consortes no logren llegar a dicho acuerdo, será el juez que dicte la sentencia disolutoria de vínculo matrimonial, quien regule los aspectos legales. En cualquier caso, se debe tomar en cuenta que las medidas adoptadas judicialmente, “[t]ienen carácter subsidiario respecto de los acuerdos de los cónyuges [...]y que] [e]l juez adopta sus decisiones dentro del marco que la ley le ofrece con un gran margen de discrecionalidad.”³²²

Tanto para el caso en el que se llegue a un acuerdo entre las partes, como para el caso en el que se fijen las medidas judicialmente, éstas podrán ser modificadas mediante la intervención de un juez o asimismo, mediante un nuevo convenio (que de igual manera deberá ser revisado por el juez), lo cual ocurrirá, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.³²³ Este tema de igual manera, será analizado más adelante.

Respecto de la naturaleza jurídica del convenio regulador, la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera:

En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como «conditio iuris», determinante de su eficacia jurídica.³²⁴

En el mismo sentido, observando la naturaleza mixta del convenio regulador, al ser regulado por la autonomía de las partes, pero debiendo ser revisado por un juez. Se considera que la última prevalece, debido a que la decisión judicial, primará por encima de lo acordado entre las partes, al existir la posibilidad ya mencionada, de que el juez niegue el convenio de éstas. Es por ello que la doctrina ha establecido que:

³²¹*Ibíd.*

³²²L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.122. *Óp. Cit.*

³²³Ley 15/2005 (España). Artículo 90. *Óp. Cit.*

³²⁴Tribunal Supremo (España), Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Xavier O' Callaghan Muñoz. Sentencia N° 325/1997. Recurso 3251/1997 de 22 de abril de 1997. Recurso de casación N° 1822/1993.

La conclusión que hay que sacar de todo el análisis que hemos intentado, es que no nos encontramos ante un puro negocio jurídico de Derecho privativo, sino ante un acto mixto en el que intervienen los sujetos privados y la autoridad pública. Esta última, por su propia naturaleza, debe considerarse preponderante.³²⁵

De acuerdo al artículo 90 de la Ley 15/2005, el contenido mínimo del convenio regulador, o, en defecto de la sentencia judicial, a ser revisado en los siguientes acápites, deberá regular acerca de:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- c) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso.
- d) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
[...]
- e) La pensión que, conforme al artículo 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.³²⁶

3.2.1.1. Medidas respecto a los hijos: patria potestad, visitas, comunicación y estancia

Respecto del tema de la patria potestad, estamos ante una gama de escenarios, debido a que bien puede ser compartida, bien puede ser privada a uno de los progenitores (cuando se revele causa suficiente y en tal caso, el otro progenitor tendría la patria potestad en su totalidad frente a su hijo) o bien puede que se prive a ambos progenitores y que se deba constituir la tutela, pero siempre se procurará mantener a los hermanos unidos.³²⁷

En la reforma de 1981, según los autores Díez-Picazo y Guillón, se hace una diferencia entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, partiendo del hecho de

³²⁵L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.120. *Óp. Cit.*

³²⁶Ley 15/2005 (España). Artículo 90. *Óp. Cit.*

³²⁷L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.122. *Óp. Cit.*

que bien pueden ser otorgadas a uno u otro progenitor, indistintamente. Sin embargo, éstos consideran que se debe precisar lo siguiente:

Si la resolución judicial ordenase que la patria potestad sea «ejercida» por uno de los padres, los hijos han de convivir con él; de lo contrario no podría ejercitarse. Si el ejercicio es compartido, es evidente que la autoridad judicial ha de decidir también con qué cónyuge han de convivir los hijos.³²⁸

Lo cual nos lleva a la conclusión de que el ejercicio de la patria potestad y la convivencia del progenitor con su hijo/hijos, van de la mano, al igual que su cuidado. Anteriormente, de acuerdo de los cónyuges, se otorgaba este derecho a la madre frente a los niños y niñas menores de 7 años, salvo excepciones; en la actualidad, se sigue primando el convenio al que los padres del niño lleguen, y en su defecto, será el juez quien lo determine “en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán «los hijos menores de edad», sin distinción de edad, oyendo a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años.”³²⁹

En cuanto al tema de la comunicación y las visitas a darse entre los progenitores y los hijos, considerado como derecho reconocido de los primeros respecto de los segundos, “[e]l juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.³³⁰ Esta es una de las muestras de que el sistema español, ha creado medidas preocupadas por la eficiencia que puedan tener, con el único fin de precautelar el bienestar de quienes resultan impactados con el divorcio de dos personas.

A su vez, el Artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone que: “[e]l incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas.”³³¹ Mostrándonos otra forma de asegurar

³²⁸ *Ibíd.*

³²⁹ *Id.*, p.123.

³³⁰ Ley 15/2005 (España). Artículo 94. *Óp. Cit.*

³³¹ Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (España). Artículo 776.3. De 7 de enero de 2000. Boletín Oficial del Estado núm. 7. p. 711.

el cumplimiento de las obligaciones de los progenitores tanto frente a sus hijos, como frente al ex cónyuge, respetando el tiempo y organización que conlleva la creación de horarios de visita y comunicación con los hijos que procrearon dentro de matrimonio. Aquí la sanción puede ser dirigida tanto al cónyuge que tiene a su cargo a sus hijos, como al que no los tiene y posee el derecho de visita, pues ambas partes deben cumplir con lo resuelto por vía judicial, respetando los derechos de los demás.

3.2.1.2. Atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar

Siguiendo la línea del respeto a la voluntad de los cónyuges, solamente en el caso en el que ellos no lleguen a un acuerdo que sea aprobado por el juez, se seguirá la regla establecida en el Artículo 96 de la Ley 15/2005, que indica que la atribución al uso de la vivienda y el ajuar familiar, corresponde a los hijos del matrimonio y al progenitor que en cuya compañía queden, y en el caso en el que los hijos sean separados para vivir con uno y otro progenitor, el juez decidirá lo procedente este tema.³³²

En el caso en el que no existan hijos de matrimonio, si bien el uso corresponderá a quien tenga la titularidad sobre la vivienda, se puede llegar al acuerdo de que “por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.³³³ En este caso, vemos la cercanía que se tiene con el concepto de la pensión compensatoria, en donde se verifica que existan menores recursos económicos, en el cónyuge al que le será atribuido el uso de la vivienda y el ajuar familiar. De acuerdo al Artículo 103.2 de la misma ley, el juez a falta de acuerdo aprobado judicialmente, llamará a audiencia a los cónyuges y tomará ciertas medidas, tales como:

Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.³³⁴

³³²Ley 15/2005 (España). Artículo 96. *Óp. Cit.*

³³³*Ibíd.*

³³⁴*Id.*, Artículo 103.2.

Respecto del caso en el que los hijos sean mayores de edad, pero no sean independientes, la jurisprudencia menor se ha pronunciado en el sentido de que podrán gozar de este derecho, hasta que lo sean³³⁵. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha establecido que:

[...][N]ingún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.³³⁶

En adición, aplicando las mismas reglas del caso en el que no existan hijos en el matrimonio, el Tribunal Supremo, en el presente caso, concluyó lo siguiente:

[...] [F]ijar como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.³³⁷

En definitiva, se puede ver que “[e]l uso de la vivienda familiar es independiente de la titularidad de los derechos subjetivos que respecto de ella (v. gr., propiedad, usufructo, arrendamiento, etc.) se pueda ostentar.”³³⁸ Respecto de los actos de disposición de la vivienda, en el mismo artículo establece que se deberá tener el consentimiento de ambas partes o, incluso de una autorización judicial.

En el caso en el que la vivienda sea únicamente de propiedad del cónyuge que no vaya a hacer uso de ésta, deberá tomarse en cuenta que la decisión judicial tendrá efectos *erga omnes*, aunque el derecho que generará es personal y no real. Por lo que el

³³⁵ Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima. Ponente: Ilustradísimo Carlos Esparza Olcina. Sentencia N° 283/2010. Recurso 1215/2009 de 5 de mayo de 2010.

³³⁶ Tribunal Supremo (España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Juan Antonio Xiol Ríos. Sentencia N° 624/2011. Recurso 1755/2008 de 5 de septiembre de 2011. Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia N° 148/07 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Segunda, de fecha 14 de mayo de 2008.

³³⁷ *Ibíd.*

³³⁸ L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.124. *Óp. cit.*

propietario del bien podrá enajenarlo, siempre y cuando ello sea compatible con el uso de la vivienda familiar.³³⁹

3.2.1.3. Contribución a las cargas del matrimonio, gastos de mantenimiento de los hijos y alimentos: bases de actualización y garantías

En cuanto al tema de las cargas del matrimonio, el Artículo 1438 del Código Civil español ha prescrito lo siguiente:

Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.³⁴⁰

Patricia Escribano al respecto ha mencionado que: “[e]l «trabajo para la casa» se configura como contribución a las cargas del matrimonio, que se producen del seno familiar, por tanto con independencia de la forma de matrimonio o el régimen económico matrimonial que lo rija.”³⁴¹ Las tareas a realizarse en el hogar, son las consideradas dentro de este tema, y socialmente se conoce que generalmente dicho trabajo, lo realiza la mujer, en todo caso, no siempre se aplica esta aseveración, debido al incremento de regulación para la igualdad entre los géneros masculino y femenino.³⁴²

Partiendo del hecho de que la compensación a la que hace referencia el artículo mencionado, es distinta a la pensión compensatoria, se puede plantear

Una de las cuestiones que se había suscitado doctrinal y jurisprudencialmente [...] la compatibilidad de la pensión del art. 1438 del CC con otro tipo de pensiones, como es

³³⁹Tribunal Supremo (España). Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo. Sentencia N°1199/1994. Recurso2987/1991 de 31 de diciembre de 1994. Recurso de casación N° 10330/1994.

³⁴⁰Código Civil (España). Artículo 1438. 1889.

³⁴¹P. Estribano Tortajada. “La compensación del trabajo doméstico del art. 1.438 del Código Civil: remisión a la normativa catalana y valenciana”. *Óp. cit.*

³⁴²*Ibíd.*

el caso de la pensión compensatoria del art. 97. Desde un plano doctrinal la opinión mayoritaria se ha fundado en la perfecta compatibilidad de las mismas [...]. Sin embargo en el ámbito jurisprudencial han existido divergencias en los pronunciamientos de los Tribunales que han debido resolver acerca de la aplicación del art. 1438 CC.³⁴³

Existe una resolución judicial que ha aclarado el tema tanto de la aplicación, como de su naturaleza de ambas, la cual ha sido parafraseada y resumida por Estribano, que establece que:

«la indemnización compensatoria es un elemento corrector para salvar la desigualdad patrimonial entre los cónyuges que puede producirse al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes por sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio, dado que aquél régimen no supone comunicación alguna entre las masas patrimoniales de uno y otro cónyuge. Es, en definitiva, una norma de liquidación de bienes en caso de crisis del matrimonio (...). La segunda en cambio, tiene su núcleo en la debilitación económica que puede sufrir uno de los cónyuges a consecuencia de la disolución matrimonial respecto a la situación o estatus que mantenía constante el vínculo.»³⁴⁴

Revisando la misma sentencia, se puede ver cómo también aclara los efectos prácticos de las distinciones que existen entre estos dos tipos de figuras jurídicas,

[E]sta distinta naturaleza y ese diferente trato legal llevan a otra consecuencia no menos importante y más trascendente a los efectos del caso enjuiciado. La fijación de la compensación es previa a la fijación de la pensión compensatoria, porque se trata, como se ha dicho, de una regla de liquidación de bienes por extinción del régimen económico matrimonial.³⁴⁵

Estribano ha establecido que “hay que señalar que el que se dedica al trabajo en el hogar está colaborando no través de medios económicos, sino mediante el ahorro del salario que se pagaría a un tercero por realizar dicho trabajo.”³⁴⁶ Coincidiendo, Ribera Blanes, citado por esta autora, entiende que

[P]ara que tenga sentido la compensación del art. 1438 CC debe conectarse a la contribución a las cargas del matrimonio. En este sentido consideramos que solamente

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil y Penal. Ponente: Ilustrísimo. Guillermo Vidal Andreu. Sentencia N° 8/2000. Recurso 4125/2000 de 27 de abril de 2000. Recurso de casación N° 1/2000. Parafraseada en P. Estribano Tortajada. “La compensación del trabajo doméstico...”. *Óp. Cit.*

³⁴⁵ *Ibid.*

³⁴⁶ P. Estribano Tortajada. “La compensación del trabajo doméstico...”. *Óp. Cit.*

cuando el cónyuge ha contribuido en exceso a las cargas es merecedor de una compensación, pero no por el simple hecho de haber contribuido mediante trabajo doméstico.³⁴⁷

Uno de los principales argumentos de la existencia del derecho a la compensación prescrita en el Artículo 1438 del Código Civil español, es el tema de la dedicación exclusiva del cónyuge a las labores del hogar y “a la atención de las necesidades familiares [, lo cual] implica que el cónyuge que se dedica a las mismas de forma exclusiva, no va a poder forma[r] (sic) un patrimonio propio, por lo que en caso de disolución del matrimonio, existirá un manifiesto desequilibrio entre patrimonios.”³⁴⁸ No obstante, Ribera Blanes “entiende que no hace falta que la dedicación sea exclusiva sino «que lo que se requiere es que el valor del trabajo realizado exceda de lo que le corresponde contribuir a ese cónyuge, con independencia de que sea su única ocupación o la compagine con otras. [...]”.

Siguiendo con otro tema, partiré del precepto establecido en el Artículo 92.1 de la Ley 15/2005, que indica que “[l]a separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.”³⁴⁹, se entiende que éstos deben ser regulados con el fin de resguardar el interés de los hijos provenientes de matrimonio. Asimismo, de acuerdo a la disposición del Artículo 93 del mismo compendio legal, “[e]l juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes económicas y necesidades de los hijos en cada momento.”³⁵⁰

Por otro lado, según Díez-Picazo y Guillón, en la disposición contenida en el segundo inciso del artículo aludido,

[S]e produce una importante distorsión en el ámbito procesal, porque esos hijos tienen la capacidad para ser parte en un proceso de alimentos y, en cambio, en el de [...]

³⁴⁷B. Ribera Blanes. *Régimen de separación de bienes en El régimen económico del matrimonio (comentarios al Código Civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*. J. Rams Albesa y J. A. Moreno Martínez (coords.). Editorial Dykinson. Madrid: 2005, p. 900. Ennotas al pie de P. Estribano Tortajada. “La compensación del trabajo doméstico...”. *Óp. Cit.*

³⁴⁸P. Estribano Tortajada. “La compensación del trabajo doméstico...”. *Óp. Cit.*

³⁴⁹Ley 15/2005 (España). Artículo 92.1. *Óp. Cit.*

³⁵⁰*Id.*, Artículo 93.

divorcio no son obviamente partes, y, a pesar de ello, se ordena que el juez [...] decida sobre un derecho (el de alimentos) de los que son únicos titulares.³⁵¹

En adición, cabe mencionar que en el segundo inciso del último artículo citado, se regula otro tipo de situación, la de “[s]i convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.³⁵² Todas estas regulaciones buscan que las condiciones en las que queden todos los miembros de la familia, sean las menos dañinas.

3.2.2. Pensión compensatoria

La Ley 30/1981, de fecha 7 de julio, introduce la institución de la pensión compensatoria (también denominada pensión por desequilibrio). [...] Es menester considerar que la Ley 15/2005 modifica esta institución, principalmente ya no se hace referencia “al derecho a la pensión”, sino “a la compensación”, se resuelve un tema que en la práctica ya se había solucionado por vía jurisprudencial, si se podía establecer una pensión temporal. Por último, se señala expresamente que la compensación se puede fijar tanto en el convenio regulador, como en la sentencia.³⁵³

Partiendo del hecho de que “El matrimonio supone tomar muchas decisiones trascendentes para (sic) la vida como por ejemplo las relativas a los cambios de trabajo, traslados, inversiones –vivienda, vehículo,- personales- tener hijos,- que una vez tomadas, algunas no tienen marcha atrás.”³⁵⁴. En ocasiones, las decisiones que toma n los consortes durante el matrimonio, postergan o minimizan su desarrollo personal, al ponderarlo por debajo del bienestar familiar y es por ello que se ha considerado importante, que en el caso en el que exista una ruptura del vínculo matrimonial, se pueda restituir al cónyuge por los sacrificios que haya realizado.

Sánchez Hernández la define así:

La pensión compensatoria tiende a corregir el desequilibrio patrimonial que la crisis matrimonial genera entre los cónyuges, debido a la pérdida de posición económica de uno

³⁵¹ L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Volumen IV. p.123. *Óp. Cit.*

³⁵² Ley 15/2005 (España). Artículo 93. *Óp. Cit.*

³⁵³ C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. *Óp. Cit.*

³⁵⁴ Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil...”, p. 139.

de ellos respecto al otro con respecto a la situación que tenían antes de la crisis del matrimonio.³⁵⁵

Para algunos autores, para proteger al consorte que tiene derecho a la pensión compensatoria, también “[d]ebe considerarse como contribución el trabajo del cónyuge a la atención de los hijos que hayan quedado a su cuidado.”³⁵⁶ No obstante, será el juez quien tome en consideración todos los factores aplicables a la situación en particular, para otorgar determinada pensión.

El artículo 97 de la Ley 15/2005 establece lo siguiente, respecto de ésta:

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.³⁵⁷

De acuerdo a Díez-Picazo y Guillón, el texto de dicho artículo responde a un doble factor, el primero es el hecho de que es necesaria la existencia de un desequilibrio económico de uno de los cónyuges, respecto de la posición del otro; y, el segundo, el que deba haber un empeoramiento entre la situación del matrimonio y la que se da, después de éste.³⁵⁸ “En definitiva, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicamente.”³⁵⁹ Y es en consideración a las circunstancias establecidas en la misma ley, que se dictamina un valor a pagarse y la forma respectiva para hacerlo.

Por su parte, Sánchez Hernández menciona otro aspecto a resaltarse. Establece que el artículo 97, “incorpora un mandato al juez : el importe de la compensación y las

³⁵⁵ *Id.*, p. 140.

³⁵⁶ L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* p.123. *Óp. Cit.*

³⁵⁷ Ley 15/2005 (España). Artículo 97. *Óp. Cit.*

³⁵⁸ L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.* p.125. *Óp. Cit.*

³⁵⁹ *Ibíd.*

bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad se determinarán en la resolución judicial.”³⁶⁰ Es decir que los cónyuges no son los responsables de fijar estos elementos, mostrándonos claramente la aplicación de la casuística en el sistema español, pues el juez deberá revisar las circunstancias especiales de cada caso, para poder concluir cuál es la mejor opción, en definitiva, la que produzca mayor bienestar a los sujetos afectados por el divorcio.

Particularmente, en cuanto al desequilibrio, Lepin Molina, ha establecido que:

De acuerdo con el art. 97 CC, dos serían los elementos integrantes del desequilibrio: por una parte, ha de tratarse de desequilibrio relativo, en cuanto ha de afectar a la posición económica de un cónyuge en relación con la mantenida por el otro; de otra, ha de implicar un deterioro respecto de la situación económica anteriormente disfrutada durante el matrimonio.³⁶¹

Asimismo, este autor menciona que según lo establecido en la legislación, debe existir necesariamente una relación causal entre el divorcio, como causa directa y el desequilibrio como efecto de éste, pues en caso contrario, no nacería el derecho a la pensión, o la llamada compensación, para el cónyuge beneficiario, debido a que allí, el otro cónyuge no tendría obligación alguna que cumplir.³⁶²

A su vez, este autor cita a otra autora, Beatriz Saura, quien indica que “resulta necesario acreditar la existencia de desequilibrio en el procedimiento en que se reclame la prestación compensatoria”³⁶³, pues éste no se presume. En adición, señala que la carga probatoria le corresponde al cónyuge beneficiario de dicha pensión.

En cuanto al empeoramiento, se indica que se debe tomar en cuenta y diferenciar que éste no es en cuanto a la posición del otro cónyuge, por el contrario, se refiere a la situación anterior, es decir, a la comparación entre la posición del cónyuge durante el matrimonio y una vez que éste haya finalizado.³⁶⁴ Cabe mencionar, que el momento a

³⁶⁰ Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil...”. p. 140. *Óp. Cit.*

³⁶¹ C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado. Óp. Cit.*

³⁶² *Ibíd.*

³⁶³ B. Saura Alberdi. *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión.* Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004. p. 138. En C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado. Óp. Cit.*

³⁶⁴ C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado. Óp. Cit.*

considerarse por parte del juez, sobre la existencia del desequilibrio, es el último momento de convivencia conyugal y no antes.

En adición, la jurisprudencia ha establecido que

No hay que probar la existencia de necesidad –el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo–, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios.³⁶⁵

Por otro lado, considero importante traer a colación las definiciones que he encontrado del término *compensación*, para poder analizarla con mayor detenimiento. Según Sánchez Hernández “[...] ha de entenderse dar algo en resarcimiento del perjuicio que se ha causado y que se manifiesta en un empeoramiento respecto a la situación anterior al matrimonio.”³⁶⁶ Por su parte, para Cabanellas, ésta se define como la “[i]gualdad entre lo dado y lo recibido; entre lo que se adeuda y lo que se nos debe; entre el mal causado y la reparación obtenida; resarcimiento, nivelación.”³⁶⁷

Del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, surge la siguiente definición: “**3. f. Der.** Modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras. Consiste en dar por pagada la deuda de cada uno por la cantidad concurrente.”³⁶⁸ Después de revisar estas tres definiciones, se puede concluir que todas coinciden en que la compensación consiste de cierto modo, en devolver algo que se debe. Sin embargo, solamente las dos primeras mencionan el elemento del resarcimiento o reparación del daño causado, mientras que la tercera, indica únicamente que se estaría pagando una

³⁶⁵Tribunal Supremo (España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. Recurso1133/2005 de 10 de febrero de 2005. Recurso de casación N° 1876/2002 interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de fecha 25 de abril de 2002.

³⁶⁶Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil...”. p. 140. *Óp. Cit.*

³⁶⁷G. Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. p. 76. *Óp. Cit.*

³⁶⁸Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2.0. *Óp. Cit.*

deuda. En consecuencia, se puede concluir que el fin de la compensación es restituir lo que se debe, ya sea una deuda dineraria, u ocasionada por daño al acreedor.

Desde allí radica la naturaleza de este tipo de pensión, diferenciado de la naturaleza indemnizatoria, debido a que

[...] [E]l desequilibrio ocasionado por la crisis matrimonial se aprecia desligado de toda la idea de culpa. Tampoco ha de considerarse una suerte de “seguro vitalicio”, ni consiste en igualar la riqueza que la ruptura del proyecto convivencial impide. No se trata tampoco de hacer frente a estados de necesidad, ni de asegurar el mantenimiento del nivel de vida existente en el matrimonio tras la separación o el divorcio, buscando nivelar los patrimonios de los cónyuges de forma ilimitada en el tiempo.³⁶⁹

Los cónyuges a través del convenio regulador, o a su vez el juez, utilizando su sana crítica, señalará qué tipo de pensión será la que se satisfará por parte del cónyuge deudor, por qué tiempo se lo hará o si es que será una prestación única, con el fin de que no existan abusos por parte del cónyuge acreedor, pero que se logre revertir la situación de desequilibrio de éste, el cual es el fin de la misma pensión.

En adición a ello, se ha analizado el hecho de que pueda existir una valoración de la pensión en su futuro, de acuerdo a cómo vaya evolucionando. Para ello se tomaría en cuenta a ciertos indicadores económicos; lo cual, además permite que se plantee la posibilidad de que la pensión se modifique o suspenda, al revisar la situación tanto de la economía del país en donde subsista el cónyuge acreedor, como al de revisar la situación de la fortuna de ambos cónyuges, al haber cesado la causa que la motivó.³⁷⁰

Zarraluqui por su parte, hace una distinción entre *compensación* e *indemnización*, la cual

[R]eside únicamente en la extensión de la reparación. Indemnizar pretende dejar «indemne» al sujeto pasivo e «indemne» es «libre o exento de todo daño»: de todo daño. O, dicho de otra manera, en la indemnización el objetivo es neutralizar la totalidad del daño causado, con identidad, en la medida de lo posible, entre el perjuicio y su reparación. Por el contrario, compensar tiene un significado aritméticamente menos igualatorio, aunque su origen semántico sea el mismo.³⁷¹

³⁶⁹ Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil...”. pp. 140-141. *Óp. Cit.*

³⁷⁰ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Disponible en: http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf. Sevilla, 2005. p. 4. (acceso: 23/10/2011).

³⁷¹ *Ibíd.*

Hay que tomar en cuenta que debido a que la pensión está sometida a la voluntad de las partes, responde a un carácter dispositivo, por lo que el juez no puede actuar de oficio, a menos de que los cónyuges no lleguen a un acuerdo que sea aprobado por éste mismo, debido a que por ejemplo, éstos no hayan cumplido con los requisitos que exige la normativa.

De acuerdo a Lepin Molina, los caracteres propios de la pensión compensatoria son: ser una obligación legal; excluir el criterio de culpa, debido a que ya no se trata de castigar al cónyuge considerado culpable del divorcio, y consecuentemente, pasar a atender a criterios objetivos, como lo es el desequilibrio económico de uno de los cónyuges; ser una institución que nace con la ruptura del matrimonio; ser renunciable, debido a que se trata de un derecho pecuniario; y, el hecho de que tenga que ser alegada, es decir, que debe ser solicitada por el cónyuge beneficiario, y que no pueda ser fijada de oficio.³⁷²

3.2.2.1. Circunstancias determinantes

El mencionado Artículo 97, establece las circunstancias para la determinación del importe de un cónyuge al otro:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.³⁷³

“Es preciso consignar que esta enumeración constituye *numerus apertus*, es decir, puede considerar el Juez otros criterios o circunstancias, no mencionados en dichas

³⁷²C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Respecto de los dos últimos caracteres, se profundizarán las posiciones a favor y en contra que existe tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. *Óp. Cit.*

³⁷³Ley 15/2005 (España). Artículo 97. *Óp. Cit.*

disposiciones.”³⁷⁴ Tanto de acuerdo a lo que los cónyuges establezcan en su demanda y convenio regulador, como las que no se hayan mencionado y sean relevantes para la determinación de la pensión, y las que sean consideradas por el juez.

El numeral uno, como ya hemos mencionado, demuestra la preponderancia que le da el sistema español, a la voluntad de los cónyuges, ello frente al poder que tiene el juez de actuar, frente a las medidas a ser tomadas. Si nos detenemos a observar, los numerales dos, tres y ocho son relevantes en cuanto que si éstos concurren, existe mayor probabilidad de que uno de los cónyuges pueda presentar el requisito legal del desequilibrio económico para obtener la pensión compensatoria; y, también son factores que permiten determinar el hecho que el cónyuge, posiblemente tendrá mayores dificultades de reinserción en el mundo laboral y por ende, de lograr esa deseada estabilidad financiera.

La jurisprudencia, ponderando la finalidad reequilibradora de la pensión compensatoria al respecto ha dicho que: “Es preciso que esas circunstancias revelen una idoneidad para superar el desequilibrio que aconseje no prolongar la percepción de la pensión compensatoria por más tiempo del necesario para lograrlo.”³⁷⁵ Con lo que los factores establecidos en el artículo en mención, servirán para la determinación de la temporalidad o no de la institución estudiada en esta tesina.

Los numerales cuatro, cinco y siete, son elementos que permiten determinar la magnitud del sacrificio que ha hecho el cónyuge beneficiario, a favor de la familia y en sí del matrimonio. En el caso de que cualquiera de ellos aplique en un caso en particular, servirá para poder determinar el aumento del monto de la pensión compensatoria, habrá mayor restitución, pues ha existido mayor pérdida, siendo considerada de manera objetiva. Por su parte, el numeral seis logrará dar un período de tiempo concreto, durante el cual los cónyuges compartieron el mismo techo, período

³⁷⁴ C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit.

³⁷⁵ Tribunal Supremo (España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Juan Antonio Xiol Ríos. Sentencia N° 624/2011. Recurso 1755/2008 de 5 de septiembre de 2011. Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia N° 148/07 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Segunda, de fecha 14 de mayo de 2008.

que servirá para calcular asimismo de manera objetiva, el resto de numerales del artículo.

Finalmente, partiendo del hecho de que la circunstancia novena estipula *cualquier otra relevante*, debemos considerar también, las que la jurisprudencia señala como los factores determinantes más destacados, algunos de los cuales coinciden con los señalados por la ley, y son los siguientes:

[L]a edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos; cuantos de éstos precisan atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor; facilidad de acceder a un trabajo remunerado –perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral-; posibilidades de reciclaje o volver –reinserción- al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.³⁷⁶

La jurisprudencia también ha estipulado que: “Es preciso que esas circunstancias revelen una idoneidad para superar el desequilibrio que aconseje no prolongar la percepción de la pensión compensatoria por más tiempo del necesario para lograrlo.”³⁷⁷

3.2.2.2. Posible modificación posterior al convenio regulador

De acuerdo al Artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000:

[...] [E]n todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.³⁷⁸

De acuerdo a la jurisprudencia revisada, es bastante común, que tanto en los convenios reguladores, como en las sentencias en las que se regulan las medidas respecto de los efectos del divorcio, que se pacte, particularmente respecto de las

³⁷⁶ Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. *Óp. cit.*

³⁷⁷ Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Juan Antonio Xiol Ríos. Sentencia N° 624/2011. *Óp. Cit.*

³⁷⁸ Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (España). Artículo 775.1. p. 711. *Óp. Cit.*

cantidades a pagarse por los cónyuges, que serán actualizadas anualmente conforme al índice de precios al consumo (IPC) del Instituto Nacional de Estadística (INE), con el fin de satisfacer las necesidades cambiantes que se presenten en el tiempo.

Por su parte, según el Artículo 100 de la Ley 15/2005, tanto la pensión, como las bases de su actualización, podrán ser modificadas únicamente por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro de los cónyuges³⁷⁹. Lepin Molina establece que la alteración, para ser considerada elemento esencial de la modificación, deberá ser de carácter permanente.

En este análisis, se debe observar también, cuál es el fundamento por el cual se origina el derecho a la pensión compensatoria, es decir, el hecho de que uno de los cónyuges, sea considerado “débil” económicamente, frente al otro. Se debe tomar en cuenta que, una vez fijada la pensión, si la condición económica del cónyuge acreedor mejora considerablemente después del divorcio, ello no incumbirá de manera alguna al otro; debido a que la condición de debilidad de éste, y por ende su derecho a la compensación, se califica al comparar la situación económica del matrimonio, hasta la que se tiene justo después del divorcio y no posteriormente a ello.

Es por ello, que se entiende que la pensión se podría modificar únicamente en el caso en el que la alteración de la fortuna cónyuge deudor, se haya disminuido considerablemente y ya no esté en posibilidades de pagar la pensión, como se había fijado en un principio. Respecto de ello, se ha dejado un vacío legal, que puede prestarse para confusiones, debido a que se habla únicamente de *alteración*, sin especificar en qué manera deberá darse. Sin embargo, la jurisprudencia ha aclarado este punto.

Inclusive Zarraluqui, ha hecho una propuesta de reforma al artículo 100, la cual se lee así: **“Art. 100.- La pensión fijada en la sentencia de separación o de divorcio, con las bases de su actualización, debe ser disminuida si quien la percibe pasa a**

³⁷⁹Ley 15/2005 (España). Artículo 100. *Óp. Cit.*

mejor fortuna o quien la paga pasa a peor fortuna.”³⁸⁰ Lo cual resulta mucho más claro y no se presta para interpretaciones confusas de la intención del legislador.

Planteando más posibilidades, vemos que en cuanto a si el patrimonio del cónyuge deudor ha sido el que ha disminuido, se podría considerar válida la posibilidad de que se modifique la pensión, debido a que su posición ha empeorado y que ya no puede aportar la misma cantidad de dinero como lo hacía antes. Asimismo, en el caso en el que su fortuna haya aumentado y, consecuentemente su situación mejorado, parece justo que la pensión pueda modificarse, siempre y cuando las necesidades del cónyuge así lo ameriten y hayan sido debidamente probadas.

Cabe mencionar, que al final del Artículo 97, se instaure la obligación del juez, de verificar qué circunstancias se acomodan al caso en particular, fijando las bases de actualización de la pensión y las garantías que aseguren el cumplimiento efectivo de la misma,³⁸¹ lo cual resulta completamente necesario y asegura que se cumpla con el fin de la pensión compensatoria, cerciorándose así, de que se proteja el bienestar de los cónyuges como de los hijos resultantes del matrimonio (si los hubiere), y que al cónyuge “débil” en el sentido económico, se le haya restituido lo que éste haya aportado a su familia.

La jurisprudencia al debatir acerca de la temporalidad o no de la pensión compensatoria, se ha pronunciado respecto de este tema, diciendo que, en realidad no

[E]xiste norma alguna que establezca el carácter indefinido de tal figura; y en lo que atañe a la afirmación de que ya existe la posibilidad de modificación de las medidas si se produce una variación de las circunstancias, que en la práctica dicha posibilidad, además de suponer un costoso peregrinaje para el que la solicita, es «prácticamente inútil» ya que se exige la variación sustancial de las circunstancias, lo que se traduce en la práctica en la necesidad de demostrar la «desaparición» de la causa que la motivó y dejar en manos de la beneficiaria de la pensión, en muchas ocasiones, la decisión de variar o no sustancialmente las circunstancias que motivaron la determinación de dicha pensión.³⁸²

³⁸⁰L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 48. *Óp. Cit.*

³⁸¹Ley 15/2005 (España). Artículo 97. *Óp. Cit.*

³⁸²Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. *Óp. Cit.*

3.2.2.3. Naturaleza jurídica de la pensión compensatoria

[E]n la mayoría de países el tema más controvertido es el de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, discutiendo sobre la base si se trata de una prestación alimenticia o asistencial, reparadora de un enriquecimiento sin causa, indemnizatoria e incluso algunas teorías en las que se mezclan dichas alternativas, denominadas mixtas o compuestas.³⁸³

En adelante revisaré las tres teorías respecto de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, que a mí parecer, tienen mayor relevancia jurídica en este ámbito. La primera de ellas, busca diferenciar a esta institución, de la pensión alimenticia. La segunda, diferenciarla de la concepción de que ésta crea un enriquecimiento sin causa a favor del cónyuge beneficiario de la pensión. Finalmente, la tercera, abre la discusión de si se trata de una prestación que busca indemnizar, compensar o resarcir daños y la he denominado “reparadora de un daño”.

Empezaré con la primera de las teorías mencionadas como parte del estudio de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, la diferenciadora entre ésta pensión y la alimenticia. Si bien estos dos tipos de pensiones tienen semejanzas, es importante hacer una diferenciación entre la una y la otra, especialmente debido a que el fin que ambas tienen, es completamente distinto. Tanto es así que la pensión compensatoria “no es incompatible ni sustitutiva del derecho de alimentos que se hubiese acordado, aunque en tal caso se disminuiría considerablemente la apreciación del desequilibrio”³⁸⁴, es decir, que ambas pueden ser pactadas al mismo tiempo, pero el hacerlo, restará el importe de la pensión compensatoria a favor del cónyuge acreedor.

Zarraluqui hace una serie de diferenciaciones entre ambos tipos de pensiones. En el ámbito objetivo, mientras que la compensatoria tiene como finalidad la compensación del desequilibrio que pueda surgir; la alimenticia por su parte, ha sido establecida para

³⁸³C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit.

³⁸⁴L. Díez-Picazo y A. Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. p.125. Óp. Cit.

cubrir las necesidades que tengan tanto los hijos del matrimonio, como el cónyuge que los tenga en su cuidado.³⁸⁵ La compensatoria,

Tiene, por lo tanto, una naturaleza distinta a la pensión alimenticia, que se da sólo entre quienes se encuentran ligados por vínculos familiares y que obedece al deber de atender a las necesidades del alimentista, mientras que la pensión compensatoria tiene un carácter de indemnización al cónyuge que queda económicamente en una situación peor, en relación al otro cónyuge, y está referida a la situación existente constante el vínculo matrimonial, pudiendo eventualmente renunciarse o ser objeto de transacción.³⁸⁶

La jurisprudencia respecto de este tema, ha establecido que la legislación española:

[R]egula la pensión compensatoria con características propias –“sui generis”-. Se quiere decir que está notoriamente alejada de la prestación alimenticia – que atiende al concepto de necesidad-, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los arts. 100 y 101, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la «perpetuatio» de un «modus vivendi», o a un derecho de nivelación de patrimonios.³⁸⁷

En contradicción con el autor mencionado en el párrafo anterior, “existen autores que estiman que la naturaleza de este instituto es alimenticia, de manera que estaría destinada a cubrir las necesidades del cónyuge beneficiario, quien se encontraría en precariedad económica.”³⁸⁸ Sin embargo, se ha establecido que ello responde al hecho de que la pensión alimenticia, es el antecedente histórico de la pensión compensatoria y además, que el fundamento de ambas, es asistencial; no obstante, ello no quiere decir que la naturaleza de la pensión compensatoria, sea alimenticia. “[L]a pensión compensatoria puede servir para cubrir necesidades, pero ésta no es su finalidad, ni su objetivo.”³⁸⁹

En efecto, se ha mencionado que funcionaría más bien, como efecto de la solidaridad posconyugal, quitándole el elemento de alimenticio.

³⁸⁵L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*.p. 2. *Óp. Cit.*

³⁸⁶Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección Cuarta. Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández. Sentencia N° 6/2008. Recurso343/2007 de 8 de enero de 200.

³⁸⁷Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. *Óp. Cit.*

³⁸⁸C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*.*Óp. Cit.*

³⁸⁹L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 2. *Óp. Cit.*

Esta pensión aparece concebida en nuestro ordenamiento como un derecho personal del cónyuge a quien el divorcio ha producido un desequilibrio económico respecto de su situación anterior; el derecho a la misma surge por necesidades económicas provocadas por el cese de la convivencia. La naturaleza de la pensión [...] no tiene nada que ver con el mantenimiento: el fundamento es siempre y sólo el desequilibrio; no tiene, pues, naturaleza alimenticia. Tampoco tiene naturaleza de responsabilidad civil por la ruptura, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio.³⁹⁰

De acuerdo a Encarna Roca, en la naturaleza jurídica de la pensión, no existe el mantenimiento del otro cónyuge, como elemento constitutivo de ésta. Lo que sí existe, es el desequilibrio económico provocado por el cese de la convivencia, el cual a su vez, ha creado necesidades en uno de los cónyuges, que el otro debe saldar. No obstante, en ningún momento se establece que la obligación de restitución que tiene el cónyuge deudor frente al acreedor, surge de la ruptura per sé, sino del desequilibrio económico que presente el acreedor. Tanto es así, que en los casos en que hay ruptura, mas no desequilibrio, no hay obligación alguna de restitución.

Estos dos tipos de pensiones, difieren también, en las causas de extinción. Mientras que la compensatoria puede extinguirse por que el cónyuge acreedor contraiga nuevas nupcias, en la alimenticia, ello no puede darse así.

Para finalizar el análisis de esta teoría de la naturaleza de la pensión compensatoria; cabe mencionar, que se han mencionado solamente algunas de las distinciones entre una y otra forma de pensión. Sin embargo, ha quedado claro que son independientes, pero complementarias en algunos casos.³⁹¹

De aquí en adelante, seguiré revisando la segunda de las teorías mencionadas al comienzo de este acápite, la cual radica en diferenciarla de la concepción de que ésta crea un enriquecimiento sin causa a favor del cónyuge beneficiario de la pensión. Entonces cabe mencionar, que para que pueda verificarse el enriquecimiento sin causa, según Lepin Molina, deben concurrir varios elementos: 1) que exista un incremento

³⁹⁰E. Roca Trías. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*. Editorial Cuadernos Civitas. Madrid: 1999. En C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit.

³⁹¹L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 2. Óp. Cit.

económico por parte de uno; 2) que haya un empobrecimiento del otro; y, 3) que exista una relación causal entre ambos.³⁹²

Es cierto que existen casos de ruptura conyugal en que podría aplicarse esta doctrina por concurrir los requisitos antes mencionados, pero la realidad es que en otras muchas, en que la separación o el divorcio causan un desequilibrio en uno de los esposos, no existe tal enriquecimiento por parte del deudor, ni empobrecimiento del acreedor, ni relación de causa a efecto requerida por la jurisprudencia para su aplicación.³⁹³

La situación a la que se alude, puede ocurrir en muchísimos casos; sin embargo,

[D]ifícilmente se puede argumentar diciendo que los papeles sociales que se atribuyen a cada cónyuge en el matrimonio y que son asumidos voluntariamente en sus relaciones internas y externas, producen un enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro.³⁹⁴

Esto se da debido a que el cónyuge cuya vida dedica a su familia, no lo hace en busca de una retribución económica posterior, a pesar de que en un futuro la merecerá por derecho. Asimismo el cónyuge que tiene una mejor posición frente al otro, no lo ha conseguido a propósito.

En adición, debido a que socialmente esta situación, es bastante común, no se podría comprobar que su intención era la de perjudicar al cónyuge débil, sino que las circunstancias se dieron de tal manera, que indirectamente, causaron el desequilibrio entre los consortes. Entonces no se estaría hablando de un enriquecimiento sin causa, pues en realidad lo que surge de esta situación específicamente, es el derecho a ser compensado por el aporte que ha hecho al matrimonio, durante el tiempo de su duración y nada más.

Para finalizar lo analizado acerca de esta segunda teoría, cabe destacarse que dentro de la argumentación a favor de la atemporalidad de la pensión, incluso se analizó la posibilidad de que este enriquecimiento pueda darse en el caso en el que la pensión no tenga límites temporales. Por ello se estipuló que ésta,

³⁹²C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit.

³⁹³L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*. Editorial Lex Nova, 2da Edición. Valladolid, 2003. p. 183. En C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit.

³⁹⁴C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit.

No es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, porque sería insoportable para el obligado a abonarla y un beneficio o enriquecimiento injusto para quien la recibe, debiendo concretarse necesariamente con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un status económico autónomo para el cónyuge perjudicado.³⁹⁵

Finalmente esta es la última de las teorías acerca de la naturaleza de la pensión compensatoria, que merecen ser revisadas. Como ya se mencionó, ésta abre la discusión de si se trata de una prestación que busca indemnizar, compensar o resarcir daños. En ella se ha discutido acerca de si el divorcio crea un daño objetivo, posible de ser medido económicamente. Para adentrarme en el tema, considero que se debe entender la fuente de la cual proviene el daño.

De acuerdo a Encarna Roca, a su vez citada por Lepin Molina, cuando se habla de éste, no se habla precisamente de responsabilidad civil como tal, partiendo del hecho de que se caracteriza

[P]or consistir la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. No se trata pues de prevenir necesidades futuras: el art. 100 CC lo impide, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio.³⁹⁶

Esta autora complementa estableciendo que “el matrimonio enmascara esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, las pérdidas se manifiestan con toda su crudeza y por ello debe existir compensación.”³⁹⁷ Es decir que, mientras dura la unión conyugal, se entiende que la pérdida de los costes de oportunidad que puede sufrir un cónyuge, por mantenerla unida, son considerados como cumplimiento de las obligaciones matrimoniales a las cuales se obligaron al contraer nupcias en un principio. Sin embargo, una vez concluido el vínculo, los deberes también desaparecen, por lo que de acuerdo a esta teoría, debe haber resarcimiento al cónyuge que ha perdido en pos del cumplimiento de obligaciones.

³⁹⁵ Audiencia de Provincial de Córdoba, Sección Tercera. Ponente: Francisco de Paula Sánchez Zamorano. Sentencia N°142/2006. Recurso160/2006 de 16 de junio de 2006.

³⁹⁶ E. Roca Trías. *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*. Editorial Cuadernos Civitas. Madrid: 1999. p. 147. En C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado. Óp. Cit.*

³⁹⁷ *Id.*, p. 187.

Dentro de esta teoría se ha discutido si es que la pensión compensatoria se refiere o no a una manera de indemnización. Y de acuerdo a lo establecido por Lepin Molina, cada vez hay mayor acogida tanto por parte de cierto lado de la doctrina, como por parte de los tribunales españoles, los cuales avizoran el término, como un sinónimo de resarcimiento. Asimismo, para una mayor comprensión del término indemnización, Cabanellas la define como: “[r]esarcimiento económico del daño o perjuicio causado. | [...] En general, reparación. | Compensación. [...]”³⁹⁸

Con todo esto, se concluye que son varias las definiciones que coinciden en hacer sinónimos a las palabras compensación y resarcimiento, dentro del término indemnización. Incluso existe jurisprudencia que establece que los términos y por ende su naturaleza, es complementaria y no excluyente o antagónica.

Y por último, alrededor de este tema, la jurisprudencia manifiesta lo siguiente:

[E]ntendiéndose por la Doctrina que la pensión que nos ocupa, carece de naturaleza alimenticia, constituyendo un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo, el desequilibrio económico, sin tratarse de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo consiste en la pérdida de las expectativas de todo tipo que derivan del matrimonio, como se observa al examinar los presupuestos para su reclamación y su cuantificación [...].³⁹⁹

Con lo que se puede observar, que tanto doctrina como jurisprudencia, coinciden en que el daño objetivo, no constituye un derecho a indemnización per sé, y como ya se leyó, tampoco es una compensación en el completo sentido del término, en realidad es una institución “sui generis”, como se pudo observar de una cita textual de la resolución judicial de 10 de febrero de 2005, antes mencionada.

3.2.2.4. Modalidades de pensión recogidas en la ley 15/2005

Tomando en consideración la finalidad para la cual ha sido propuesta la pensión compensatoria, es decir en el

³⁹⁸G. Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. p. 197. *Óp. Cit.*

³⁹⁹Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Tercera. Ponente: Francisco José Javier Morales Mirat. Sentencia N°135/2008. Recurso 555/2007 de 3 de marzo de 2008.

[...] [D]eber mitigador del daño —del desequilibrio— [el cual] representa la reivindicación de que el acreedor se ponga en situación de adquirir los medios necesarios para que desaparezca tal desequilibrio, estimando apriorísticamente de acuerdo con sus circunstancias, el tiempo adecuado para eliminar el daño.”⁴⁰⁰;

Vemos la importancia que puede tener un elemento como la temporalización, debido a que gracias al tiempo, se podrá lograr que desaparezca el daño. Frente a este elemento, existen posiciones tanto a favor como en contra de que puedan otorgarse pensiones temporales o indefinidas, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, entre otros argumentos, las cuales serán revisadas enseguida.

3.2.2.4.1. Pensión temporal

Los argumentos que se esgrimen a favor de la temporalización de la pensión, surgen tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, empezando por el hecho de que en el artículo 97 del Código Civil español, se abre la posibilidad de que se otorgue o se pacte un tipo de pensión, sin que necesariamente se tenga que especificar un límite en el tiempo. En adición,

La propia ley (artículo 101 CC) prevé la extinción, entre otras razones, cuando el desequilibrio haya desaparecido, por lo que cabe la posibilidad de que el propio juez fije en la sentencia la duración de pensión, como tiempo en el que el desequilibrio ha de permanecer.⁴⁰¹

Cierta jurisprudencia a favor de la temporalidad, ha determinado que:

[S]e procede a la limitación temporal del derecho compensatorio cuando en el momento de la separación o el divorcio, aunque exista una desproporción en perjuicio de uno de los esposos, el afectado es una persona joven que trabaja o que, por su titulación académica o cualificación personal, tiene posibilidades de hacerlo, la duración del matrimonio y de la convivencia ha sido más bien reducida y no existen excesivas cargas familiares. Lo decisivo no es la posibilidad actual real de contar con una fuente de ingresos propia, sino las condiciones personales del cónyuge acreedor para poder buscarla y conseguirla.⁴⁰²

⁴⁰⁰L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 30. *Op. Cit.*

⁴⁰¹*Id.*, p. 31. El autor interpretó de esta manera, a la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Primera, de 13 de mayo de 2005.

⁴⁰²Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera. Ponente: Manuel Rivera Fernández. Recurso 351/1998 de 13 de julio de 1999.

Es por ello la importancia de las circunstancias particulares en cada caso, para que el juzgador verifique si cabe o no la temporalidad. Porque en circunstancias distintas a las mencionadas, en las que por ejemplo, el cónyuge considerado débil, no tenga formación académica ni profesional, porque ha dedicado su vida al cuidado de su familia; en el que la convivencia haya sido de un periodo de duración relativamente largo, entre otras circunstancias; lo que ha decidido la jurisprudencia de manera excepcional, es conceder una pensión que tenga como tiempo de duración, de al menos 10 años, con el fin de que logre sustentarse de manera independiente. Aunque otro sector de la jurisprudencia, ha considerado que allí sí cabe la pensión vitalicia, pero únicamente debido a estas circunstancias de difícil reinserción al mundo laboral. Tanto es así, que:

En la jurisprudencia menor, se valoran positivamente, para limitar temporalmente la pensión compensatoria, circunstancias tales como la corta duración del matrimonio, la inexistencia de hijos, la juventud del acreedor, la asunción de la custodia de los hijos por el deudor o la posibilidad de mercado de trabajo. En relación con ésta, la cualificación profesional y la capacidad de acceder a un empleo.⁴⁰³

En todo caso, con el fin de que la pensión logre alcanzar la finalidad para la que ha sido otorgada, el juez deberá asegurarse que

El plazo est[é] en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación [...], sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección.⁴⁰⁴

Como parte de los argumentos a favor, se sostiene que “[l]a actualización es una forma de previsión de futuro sobre la situación patrimonial de los cónyuges, realizando un juicio probabilístico, según el cual el acreedor se incorporará dentro de un plazo

⁴⁰³L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*.p. 35. *Óp. Cit.* Se hace referencia a varias sentencias pertenecientes a la jurisprudencia menor, como por ejemplo: Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia Núm. 64/2000. Ponente: Vicente Magro Servet. Recurso 17/2000 de 8 de mayo de 2000.

⁴⁰⁴Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. *Óp. Cit.*

determinado al mercado laboral.”⁴⁰⁵ De manera que el cónyuge beneficiario de la pensión, tendrá una mayor presión para conseguir sus propios ingresos e independizarse finalmente de su ex cónyuge, incluso económicamente. Efectivamente, “[e]l carácter ilimitado en el tiempo, constituye, sin duda, una carga insoportable para el deudor y un beneficio o enriquecimiento injusto para el acreedor, que debe conseguir un status económico autónomo.”⁴⁰⁶

Finalmente, la Primera Sala del Tribunal Supremo español,

[S]ienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del art. 97 CC (LEG 1889,27), siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal.⁴⁰⁷

Una vez definido, que la jurisprudencia ha manifestado su inclinación hacia el carácter temporal de la pensión, se ha considerado fundamental establecer un rango de tiempo para la concesión del derecho a ésta. Si bien el juez deberá ponderar las circunstancias determinantes señaladas anteriormente (tanto legales como jurisprudenciales), se debe tomar como referencia a cómo ocurre en la práctica. Comúnmente se dan pensiones con plazos de dos o tres años; sin embargo, cuando existen condiciones adversas se han dado 5 y hasta 7 años. En los casos en los que los matrimonios han sido relativamente cortos, el plazo que se ha dado es de 1 año; y de manera excepcional, 10 años.⁴⁰⁸

Por otro lado, Zarraluqui propone que la pensión que se da de manera mensual, tome en consideración, que en ciertos meses existirán mayores necesidades, para eventos como la navidad, las vacaciones, entre otras. Ya existen resoluciones judiciales que se han pronunciado en este sentido y cabe recalcar que “[e]s indiscutible que los

⁴⁰⁵L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 31. *Óp. Cit.* El autor interpretó de esta manera a la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 1 de julio de 1993.

⁴⁰⁶*Id.*, p. 34.

⁴⁰⁷Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. *Óp. Cit.*

⁴⁰⁸L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*.p. 45. *Óp. Cit.*

pactos a este respecto, son perfectamente válidos y desde luego, no desnaturalizan el fundamento y la finalidad de la pensión.”⁴⁰⁹

Se ha planteado otra opción en las sentencias, la cual consiste en que el cónyuge deudor tendrá que pagar la pensión, respecto de un porcentaje determinado, respecto de los ingresos que tenga; sin embargo, ello puede traer muchos problemas, debido a que las cantidades pueden variar considerablemente y pueden existir meses en los que la pensión no sea suficiente para la finalidad predestinada de la pensión.

El siguiente argumento es en contra de la atemporalidad, por “[...] el riesgo que en la práctica presenta la atribución de pensiones compensatorias indefinidas que incentiven la dejadez, la pereza y ociosidad del favorecido, que pudiendo acceder al mercado de trabajo no lo hace [...]”.⁴¹⁰ Porque cómodamente, el cónyuge beneficiario bien puede, decidir no conseguir trabajo, logrando que el desequilibrio se mantenga latente, pues sabe que tiene acceso a una pensión indefinida en el tiempo o incluso de carácter vitalicio, independientemente de que consiga o no trabajo, porque igual será acreedor del pago, obligación del cónyuge deudor.

3.2.2.4.2. Pensión por tiempo indefinido

La posición contraria a la anteriormente mencionada, establece que “[s]alvo excepciones en que pueda dilucidarse, de forma cierta y determinada, el tiempo de persistencia del desequilibrio, no puede juzgarse apriorísticamente el período de vigencia del derecho.”⁴¹¹ Se sostiene que es difícil poder determinar con precisión una fecha exacta en la que el beneficiario de la pensión, haya logrado mejorar sus condiciones y consecuentemente eliminado la condición de desequilibrio entre ambas partes.

⁴⁰⁹ *Id.*, p. 49.

⁴¹⁰ Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera. Ponente: Manuel Rivera Fernández. Recurso 351/1998 de 13 de julio de 1999.

⁴¹¹ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 33. *Óp. Cit.*

Para algunas resoluciones judiciales la temporalización es excepcional. Sólo es procedente si se dan causas que lo justifiquen, esto es, cuando existan expectativas laborales o de obtención de ingresos, claras y terminantes, lo que dependerá de la cualificación profesional y de la posibilidad real del ejercicio de una profesión, que concurren cuando sea posible atisbar con cierta seguridad que en determinado plazo habrá una mejora económica y laboral. En caso contrario, limitarla entrañaría el riesgo de provocar y hacer renacer el desequilibrio económico pasado ese plazo.⁴¹²

Existe un sector jurisprudencial que propugna esta tesis, la cual determina que únicamente si el juez verifica que las circunstancias del cónyuge débil, son de carácter transitorio, podrá otorgar una pensión temporal, pero como regla general, se otorgará una pensión por tiempo indefinido. La excepcionalidad de la temporalización de la pensión compensatoria, se vislumbra tomando en cuenta la utilización de palabras como “solamente” o “solo”, como se utiliza en el siguiente caso:

[D]icha limitación temporal solo se justifica en aquellos caso[s] (sic) en que se vislumbra, a corto o medio plazo, la incorporación del cónyuge al mercado de trabajo o la mejora de fortuna por cualquier razón; no es el caso, dado que la esposa dejó de trabajar definitivamente en noviembre de 1991, percibiendo prestación por desempleo hasta noviembre de 1992; no consta que tenga posibilidades actualmente para trabajar, el matrimonio se contrajo en el año 1987, los hijos son menores, con lo que ello conlleva desde el punto de vista de la dedicación personal y familiar de la madre, quien tiene otorgada la custodia, de manera que no se está en el caso de limitar temporalmente tal derecho [...]⁴¹³

En todo caso, se ha aceptado la posibilidad de que en el caso en el que se haya otorgado una pensión indefinida en el tiempo y el cónyuge débil haya conseguido un trabajo y los medios para sustentarse por sí mismo, pueda extinguirse la pensión, por haber concluido la condición de desequilibrio. Asimismo, en el caso en el que la pensión haya estado definida por el tiempo, pero el acreedor de ésta haya logrado un restablecimiento en su economía, el cónyuge deudor bien podría pedir una extinción de la obligación mantenida. El único riesgo que presenta el hecho de hacerlo, sería el tema de que una vez extinta la pensión, no se puede restablecer.⁴¹⁴

⁴¹²*Id.*, p. 35.

⁴¹³Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima Segunda. Ponente: Eladio Galán Cáceres. Recurso 215/2004 de 4 de junio de 2004.

⁴¹⁴L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. pp. 37-38. *Óp. Cit.*

Coincide la jurisprudencia en estimar que ***no procede la limitación temporal*** respecto del cónyuge dedicado toda su vida al sostenimiento y cuidado de una familia, sin actividad laboral remunerada y ya en edad madura, sin cualificación profesional suficiente, que ve frustrado su proyecto vital, por la separación o el divorcio, en cuyo supuesto hay que concederle una pensión ilimitada en el tiempo, que le permita hacer frente a sus necesidades vitales, a cargo de quien se benefició de sus trabajos y esfuerzos.⁴¹⁵

Esta concepción se ha dado, debido a la dificultad que representaría a una persona que tenga este tipo de circunstancias o algunas similares, para poder conseguir un sustento para sí mismo sin tener que necesitar de nadie más, cuando así lo ha hecho por un largo período de tiempo; sin contar además, el hecho de que su reinserción laboral, sobretodo en la tercera edad, si no ha trabajado por muchos años, sería realmente complicada.

Así se puede apreciar, a manera de ejemplo, en la siguiente jurisprudencia:

La valoración de las circunstancias del caso dadas por la edad de la esposa -55 años-, la duración del matrimonio -33 años-, los cinco hijos habidos en el matrimonio, la dedicación de la misma a la crianza de ellos y a las tareas del hogar, y la inexistencia de recursos que puedan disipar o paliar el desequilibrio producido tras la crisis matrimonial, demuestra de manera patente la justificación de la fijación de la pensión por desequilibrio y, en principio, por tiempo indefinido mientras se mantengan las circunstancias actuales.⁴¹⁶

3.2.2.4.3. Prestación única

Zarraluqui recuenta que esta modalidad de pensión, “hasta ahora sólo por acuerdo de las partes, podía tener efectividad.”⁴¹⁷, con lo que se sobreentiende que no se da tan comúnmente en la práctica. Por otro lado, el mismo autor menciona que desde los inicios de la regulación de los temas de divorcio, hasta la actualidad, se habla generalmente de una pensión periódica, con la opción de poder pactar la sustitución de la misma, a través de un pago único ya sea en dinero o en bienes. “No obstante, en la reforma se modifica la ley para que la prestación pueda consistir en una pensión

⁴¹⁵ *Id.*, p. 36.

⁴¹⁶ Audiencia de Provincial de Córdoba, Sección Tercera. Ponente: Francisco de Paula Sánchez Zamorano. Sentencia N°142/2006. Recurso160/2006 de 16 de junio de 2006.

⁴¹⁷ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 47. *Óp. Cit.*

vitalicia o temporal o un tanto alzado según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.”⁴¹⁸

En cuanto al término “tanto alzado”, es importante ver su significación para entender su aplicación en el contexto. En el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, no existe tal término, pero el que sí existe, es el de “cantidad alzada”, ésta se refiere a la: “suma total de dinero que se considera suficiente para algún objeto”⁴¹⁹, con ello entendemos que el juez deberá determinar bajo ciertos parámetros, cuándo podrá determinarse y por qué razones, la pensión compensatoria, suficiente o no, para cada uno de los casos.

En todo caso, cabe distinguir una pensión periódica, aunque fuere temporal, a una condena de pago de una cantidad única, dividida en plazos periódicos.

[E]n el primer caso, aún dentro del término temporal fijado, si se produce una causa de extinción de la obligación antes de alcanzar el final del tiempo señalado, los plazos que no hayan vencido quedarían extinguidos. Por el contrario, en el segundo caso, la deuda no se vería afectada por la causa de la extinción y se mantendría la obligación. Es más, si la causa fuera el fallecimiento del acreedor, sus herederos le sucederían en la titularidad del crédito.⁴²⁰

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado, en cuanto a que en la práctica, esta modalidad de pensión, no es tan habitual, ha sido muy difícil encontrar jurisprudencia que establezca los parámetros que giran alrededor de ésta.

3.2.2.5. Finalidad, fundamento y fuente originadora

Dentro de este tema, existen varias posiciones doctrinarias apoyadas en jurisprudencia, que discuten si existe una finalidad o varias de ellas combinadas. Uno de los sectores, establece que el fin primordial de esta institución, es el mantenimiento del nivel de vida matrimonial, del cónyuge acreedor. Otro de ellos, expresa la importancia de

⁴¹⁸*Id.*, p. 50.

⁴¹⁹Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2.0. *Óp. Cit.*

⁴²⁰L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*.p. 51. *Óp. Cit.*

[L]as posibles pérdidas en formación o preparación para el trabajo que el matrimonio ha podido representar para uno de los esposos, más comúnmente de la mujer. Quizá ha abandonado los estudios o un puesto de trabajo, o ha renunciado a una promoción, para dedicarse con mayor intensidad a las labores del hogar, el cuidado de los hijos y la atención del otro consorte con la consiguiente pérdida de expectativas.⁴²¹

Escenarios en los que “su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo familiar en una situación de potencial igualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial.”⁴²² Es decir, intentar devolver al menos un poco de lo que el cónyuge haya aportado a la vida matrimonial.

Asimismo, la jurisprudencia ha explicado cuales no son consideradas como finalidades de la pensión, las cuales han sido mayormente parte de las críticas que ha sufrido esta institución, incluso considerada como parasitaria, por el hecho de que el beneficiario, legalmente ya no tendría ningún vínculo que lo una al deudor⁴²³, alineándose dentro de la teoría de la naturaleza jurídica de la pensión, que establece el enriquecimiento sin causa, como parte de ella. Y frente a ello, se han hecho las debidas aclaraciones, que desmienten esta falsa finalidad, así: “sólo se trata de enjugar el desequilibrio durante el tiempo que se calcule preciso para que el desfavorecido pueda proporcionarse nuevos medios de vida.”⁴²⁴

La finalidad y fundamento se encuentran bajo el mismo parágrafo, debido a que muchas veces ambos son confundidos. Sin embargo, se deben establecer diferencias entre ambos, pues mientras la primera se dirige hacia los objetivos que quiere alcanzar la pensión y al resultado que busca obtener; la segunda responde a la razón por la cual debe o no otorgarse la pensión, es decir, el porqué del surgimiento de la institución, y

⁴²¹ *Id.*, p. 5.

⁴²² Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera. Ponente: Pedro José Vela Torres. Sentencia N°68/2006. Recurso79/2006 de 27 de marzo de 2006.

⁴²³ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*, p. 5. *Óp. Cit*

⁴²⁴ *Ibíd.*

es allí, cuando se debe ver el fondo de las situaciones que exigen una solución al problema del desequilibrio económico.

Dentro de esta línea, el autor Zarraluqui, expresa que el fundamento, es la evidente tensión que surge entre los cónyuges que tienen esta disparidad, debido a que una de las partes considera injusto el haber dedicado su vida entera a un matrimonio y a una familia,⁴²⁵ el haber sacrificado oportunidades personales, que incluso pueden representar pérdidas económicas, y que ello no sea reconocido de manera alguna.

En el caso particular de España, otro de los fundamentos de la creación de esta pensión, ha sido vista como “un modo de evitar que el ex cónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento”.⁴²⁶ Lo cual se convierte en una carga económica muy alta para el Estado y que por otro lado, ya no exista el impedimento de divorciarse, que muchos cónyuges que dedican su vida a su familia, deben tener. El miedo a que si se divorciaran, quedaría sin fuente de sustento, a no ser que se les conceda el derecho a la pensión. Sin embargo, en el caso contrario, en el que se descubra que

[E]l cónyuge que sufre el desequilibrio por la separación o el divorcio, es el causante —incluso doloso, o más aún, delictivo, atentando contra la vida del otro— de la ruptura, su enriquecimiento a través de la compensación debería ser calificado de gravísimamente injusto y, consiguientemente, este derecho no podría ver la luz.⁴²⁷

En este sentido, se han planteado varias teorías para establecer de dónde surge el derecho a la pensión. En mi opinión, la que más se adecúa al concepto de esta institución, es la imposición de la obligación, basada en el principio de equidad, resultante de la responsabilidad objetiva.⁴²⁸ Zarraluqui alrededor de este tema, dice “[h]ay un criterio que, a mi juicio, es el único que puede fundamentar realmente la pensión compensatoria, en los supuestos en que no exista un convenio entre los dos

⁴²⁵ *Id.*, p. 6.

⁴²⁶ *Ibíd.*

⁴²⁷ *Ibíd.*

⁴²⁸ *Id.*, pp. 6-7.

cónyuges, ni acción de ninguna clase dolosa, ni culposa, por parte del deudor, y es la *equidad*”.⁴²⁹

Este principio se encuentra recogido en el artículo 3.2 del Código Civil español, “[l]a equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.”⁴³⁰ Partiendo de ello, Zarraluqui demuestra que este principio es el que rige en la institución de la pensión compensatoria.

Éste habla también, de que el fundamento de la pensión compensatoria, es el daño objetivo, expresado en el mismo artículo 97 CC, es decir, el desequilibrio causado por el divorcio, fundándose

[E]n la diferencia del nivel de vida de los cónyuges en relación al status matrimonial [...]. [En general,] el daño viene caracterizado por consistir *en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio, y que desaparecen como consecuencia del divorcio*.⁴³¹

Si bien se habla de que el fundamento de la pensión es el daño objetivo mencionado anteriormente, se debe tomar en cuenta que la fuente del derecho, surge de la sentencia o incluso del convenio regulador, pues a partir de allí se determina la existencia o no de la pensión. Pues incluso podría verificarse el daño objetivo, pero mientras una sentencia no determine que por ese daño objetivo se tiene que resarcir al cónyuge débil, o mientras los cónyuges no lo hayan pactado en el convenio, el derecho no ha nacido aún. Hay doctrina que establece que “sólo a partir de la decisión judicial que establece la pensión el cónyuge beneficiario puede ejercitar su derecho o proceder a su extinción mediante renuncia.”⁴³²

Sin embargo,

[E]xistía cierta controversia acerca de si la *sentencia judicial es la única* que puede ser la fuente de ese derecho o si, por el contrario, podía serlo también el *convenio*

⁴²⁹*Id.*, p. 8.

⁴³⁰Código Civil (España). Artículo 3.2. De 24 de julio de 1889. Aprobado por Real Decreto (RD). Disponible en: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/ccivil.htm>. (acceso: 03/09/2012).

⁴³¹L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*.p. 8. *Óp. Cit.*

⁴³²*Id.*, p. 18.

*regulador aprobado por el juez o, aún, si puede serlo un acuerdo de los cónyuges, no aprobado o no sometido a homologación judicial.*⁴³³

Respecto de ello, se debe tomar en consideración que en primer lugar, el mismo artículo 97 del Código Civil español, establece que la pensión compensatoria se podrá determinar tanto en el convenio regulador como en la sentencia, razón por la cual, vemos que la misma ley lo admite. En segundo lugar, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, apoya el hecho de que siempre y cuando no se transgreda la ley o el orden público, un convenio podrá ser considerado válido. En todo caso, es necesario señalar que

El convenio regulador precisa de la aprobación judicial para su validez y eficacia sólo para aquellas estipulaciones que afectan a los hijos y para los expresamente sustraídos de voluntad [...]. También necesitan esta homologación, que los convierte en parte integrante de la sentencia judicial que los aprueba, para su ejecutoriedad dentro del proceso, pues el convenio no homologado en proceso judicial, requerirá una sentencia declarativa, en un procedimiento para que pueda ser objeto de ejecución por el Juzgado.⁴³⁴

Con esta aclaración, se entiende que solamente los convenios reguladores que tengan la aprobación judicial o su respectiva sentencia declarativa que así lo haga, podrán tener plena eficacia y validez, eliminando a los que no lo tengan, como parte de las fuentes originadoras de la pensión compensatoria. Sin embargo,

[H]ay resoluciones que califican estas convenciones de no vinculantes o que las consideran sólo como un elemento más a tener en cuenta – aunque lo califiquen de fundamental –, de conformidad con lo literalmente expresado en el artículo 97 CC. Otras sentencias las califican de orientativas, a las que hay que dar *cierta prevalencia*.⁴³⁵

3.2.2.6. Sustitución de la pensión compensatoria

Dentro de la Ley, se encuentra contemplada la posibilidad de que el pago de la pensión compensatoria, pueda ser reemplazado o sustituido por otra forma de la fijada inicialmente. “En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión

⁴³³*Id.*, p. 26.

⁴³⁴Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1995 enL. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 27. *Óp. Cit.*

⁴³⁵L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 28. *Óp. Cit.*

fijada judicialmente conforme al artículo 97 por la sustitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o entrega de un capital en bienes o en dinero.”⁴³⁶

Ante la observación de que la redacción del artículo fue realizada de manera taxativa, se ha presentado una duda, en el sentido de si es que existe la posibilidad de que se puedan crear otro tipo de acuerdos entre los cónyuges para la sustitución del pago, haciendo ello, al apelar a la autonomía de la voluntad, propia de esta institución.⁴³⁷ Autores como Zarraluqui, abogan a favor de esta posibilidad: “[m]e inclino a admitir cualquier otra sustitución que las partes convengan, en uso de su libertad de pactar.”⁴³⁸

Resulta fundamental señalar que, la legitimación para solicitar que se haga una sustitución de la forma de pago de la pensión compensatoria pactada o resuelta inicialmente, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 99 del Código Civil español, sólo corresponde a los cónyuges, y no puede realizarse de oficio. Asimismo, de la lectura de dicho artículo, se entiende que las partes podrían hacerlo en cualquier momento.⁴³⁹

Se ha planteado una discusión referente a si la sustitución sería un caso de novación o de dación en pago, partiendo del análisis de si debe existir o no equivalencia entre la cuantificación del pago de una u otra de las formas pactadas. A lo que se responde que debido a que existe esta: “[...] ausencia de obligación de equivalencia a que se ha hecho mención antes, que sería imprescindible en la dación de pago, pero no lo es en la novación.”⁴⁴⁰, con lo que se concluye que la sustitución, constituye novación.

Como consecuencia de la sustitución, vemos que la estipulación planteada al final del Artículo 97, en cuanto a la obligación de la actualización de las bases de la pensión,

⁴³⁶ Ley 15/2005 (España). Artículo. 97. *Óp. Cit.*

⁴³⁷ C. Lepin Molina. *La compensación económica en el Derecho Comparado.* *Óp. Cit.*

⁴³⁸ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución.* p. 55. *Óp. Cit.*

⁴³⁹ Ley 15/2005 (España). Artículo 99. *Óp. Cit.*

⁴⁴⁰ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución.* p. 63. *Óp. Cit.*

queda sin efecto, “[...] esta sustitución elimina la necesidad de la actualización de las rentas o frutos periódicos.”⁴⁴¹, pues la forma de pago sustituta, está exenta de modificaciones o alteraciones. Y se entendería además, que al sustituir, se está satisfaciendo las necesidades existentes.

3.2.2.6.1. Constitución de una renta vitalicia

En primer lugar, considero que debemos remitirnos a la definición que tiene este precepto, en la legislación española, la cual dice así: “contrato aleatorio de renta vitalicia [que] obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.”⁴⁴² Con ello se entiende que la renta vitalicia bien podría constituirse sobre la vida del deudor, del acreedor o inclusive de un tercero, para que en el supuesto en el que el deudor fallezca, el pago de la renta siga siendo satisfecho, por una tercera persona, hasta que el beneficiario fallezca.

Sin embargo, para Zarraluqui,

Parece, no obstante, que se entiende normalmente que su constitución ha de hacerse sobre la vida del beneficiario. Pero, [...], es igualmente posible que lo sea sobre la vida del deudor, en una clara finalidad de que los herederos de éste no se vean afectados con esta carga, siempre teniendo en cuenta la posible temporalidad de la pensión compensatoria.⁴⁴³

Por último, cabe mencionar, que para tener una mayor eficacia en cuanto al pago de la renta vitalicia, una de las mejores opciones resulta cuando el deudor contrata a una entidad bancaria o aseguradora. Para el acreedor, debido a que tiene mayor seguridad de que va a cobrar la pensión, tomando en cuenta la solvencia de este tipo de entidades, que pasan a ser las deudoras; y, para el deudor, debido a que logra evitar que

⁴⁴¹*Ibíd.*

⁴⁴²Código Civil (España). Artículo 1802. 1889. *Óp. Cit.*

⁴⁴³L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*.p. 55. *Óp. Cit.*

a pesar de que las circunstancias cambien, las temporalizaciones de la cuantía debida, no lo hagan.⁴⁴⁴

3.2.2.6.2. Constitución de un usufructo sobre determinados bienes

De acuerdo a la redacción del artículo 467 del Código Civil español, “[e]l usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa.”⁴⁴⁵ Y las demás especificaciones respecto de esta figura, se encuentran en los artículos posteriores del mismo compendio legal. En el presente caso, la forma de pagar que tiene el deudor frente al acreedor, al no ser dineraria, no está predeterminada, tomando en cuenta que

[E]l usufructo comprende, no sólo el derecho a percibir los frutos y rentas de los bienes usufructuados, sino el disfrute de dichos bienes. El beneficiario puede utilizar, por ejemplo, una vivienda sobre la que se haya constituido un usufructo a su favor o alquilarla y percibir las rentas. En cualquier supuesto, así como en la renta vitalicia se puede asegurar, además del importe a percibir, la periodicidad de su cobro, en el usufructo el carácter aleatorio se incrementa.⁴⁴⁶

Esta institución se caracteriza por ser amplia en cuanto a que el derecho de los contratantes, es el que establece las condiciones que regirán tanto para el deudor como para el acreedor. Asimismo, el tiempo de duración de este tipo de contratos y las causas de extinción, queda al libre albedrío de los ex cónyuges.⁴⁴⁷

3.2.2.6.3. Entrega de capital en bienes o en dinero

Se habla de este tipo sustitución, como el más eficaz, debido a que “[...] pone fin a las relaciones económicas derivadas del matrimonio, con excepción de las derivadas de

⁴⁴⁴*Id.*, p. 56.

⁴⁴⁵Código Civil (España). Artículo 467. 1889. *Óp. Cit.*

⁴⁴⁶L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 57. *Óp. Cit.*

⁴⁴⁷*Ibíd.*

la liquidación del régimen económico.”⁴⁴⁸ Es decir, que de manera más ágil, acaba con la obligación del cónyuge deudor y cumple con la finalidad reequilibradora, propia de la pensión compensatoria. En adición, el hecho de que exista la posibilidad de cederse cualquier tipo de bien o derecho,

[...] [A]sí como la condonación o asunción de deudas del beneficiario por parte del obligado al pago de la pensión. Aunque el texto legal se refier[a] a bienes o dinero, hay que tener en cuenta que la ley [...], parece comprender en el término *bienes*, tanto a éstos como a los «derechos» específicamente considerados. [...] [L]a referencia a *bienes* en el citado precepto legal, se entiende hecha, en realidad, a un derecho sobre ellos: el de dominio, aunque cabe que se entreguen los mismos en concepto distinto del de dueño.”⁴⁴⁹

Con lo que se permite que el desequilibrio existente, pueda ser mitigado de distintas formas, inclusive dando paso a que sea un tercero el que ceda un bien o derecho a nombre del deudor.

Respecto del caso de fallecimiento, tanto del acreedor como del deudor, sin que se haya podido completar el pago o cesión de un bien o derecho, se ha abierto una discusión; y, respecto de ello, se ha planteado la solución de que en el primer caso, simplemente la obligación se extinguiría, tomando en cuenta que, la base por la cual nació el derecho a la pensión compensatoria –el desequilibrio- ha desaparecido; mientras que en el segundo caso, siguiendo la línea de lo estipulado en el Artículo 101⁴⁵⁰, es decir, que la obligación deberá ser cumplida por los herederos del deudor, siempre y cuando, no afecte sus derechos de legítima, o si el caudal hereditario no fuese suficiente para saldar la deuda.⁴⁵¹

En todo caso, cabe señalar que la sustitución de la pensión compensatoria, por esta modalidad, podría afectarse por la acción rescisoria, al ver que afecte tanto a terceros acreedores del cónyuge deudor, como a éste.⁴⁵² Es por ello que el juez, deberá tomar en

⁴⁴⁸*Id.*, p. 58.

⁴⁴⁹*Ibíd.*

⁴⁵⁰*Id.*, p. 59.

⁴⁵¹Ley 15/2005 (España). Artículo 101. *Óp. Cit*

⁴⁵²L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*.p. 60. *Óp. Cit.*

consideración, todos los elementos referentes a la economía de ambos cónyuges, es decir, que no podrá pasar en alto el hecho de que el cónyuge que se encuentre en mejor situación económica frente al otro, pueda deberse a un estado momentáneo, por ejemplo en el caso en el que éste, tenga deudas pendientes que resolver. Obviamente en estos casos, el juez dependerá de las pruebas que se le presenten en el momento de tomar una decisión.

3.2.2.7. Renuncia al derecho de la pensión compensatoria

Se ha discutido acerca de la posibilidad de renunciar al derecho a la pensión compensatoria. La posición que la acepta, ha propuesto ciertos elementos fundamentales que deberá cumplir la renuncia para ser considerada válida. “La renuncia de derechos ha de ser clara, terminante, precisa e inequívoca.”⁴⁵³

Respondiendo a la misma naturaleza dispositiva de la pensión, los cónyuges son libres de renunciar a la pensión, ya sea expresamente mediante un acuerdo anterior al divorcio o en la misma demanda de divorcio, o bien sea de manera tácita al no pedirla en la demanda o en la contestación a la demanda, según sea el caso. No obstante, el juez tiene la facultad de verificar que las condiciones en las que quede el cónyuge que ha renunciado a su pensión, no sean perjudiciales tanto para éste, como para los hijos de matrimonio, en caso de que éstos queden a su cargo⁴⁵⁴.

Afianzando esta posición, el artículo 1328 del Código Civil español, establece que: “será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.”⁴⁵⁵ Sin embargo, respecto de este tema, se ha dicho también, que por su carácter necesario, la pensión compensatoria tiene carácter de irrenunciable. La jurisprudencia se ha pronunciado en la misma línea de pensamiento, considerando nula la renuncia realizada

⁴⁵³ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décimo Segunda. Ponente: Ilustrísimo Pascual Ortuño Muñoz. Sentencia N°175/1998. Rollo de apelación 1996-A/2016 de 12 de enero de 1998.

⁴⁵⁴ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 11. *Óp. Cit.*

⁴⁵⁵ Código Civil (España). Artículo 1328. 1889. *Óp. Cit.*

antes de la celebración del matrimonio. Principalmente debido a que es imposible renunciar a un derecho que todavía no nace. En una sentencia revisada, se dictaminó la invalidez de la renuncia, partiendo de que se trata de

[U]n derecho futuro, hipotético e incierto, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición el otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio.⁴⁵⁶

Zarraluqui menciona que esta sentencia se fundamenta en una decisión del Tribunal Supremo, que si bien trataba sobre un tema arrendaticio, establece un parámetro muy importante a seguir:

[...] [L]a renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes sólo cabe respecto de los que tienen por algún objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia.⁴⁵⁷

Apoyando al carácter renunciante del derecho a la pensión compensatoria, una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, ha establecido que

[P]ese a reconocer la eficacia de los pactos prematrimoniales alcanzados por los cónyuges y entre ellos la renuncia a (sic) la pensión compensatoria, considera que el cambio de circunstancias operado en la economía del matrimonio, deja sin efecto la aplicación de lo convenido y concede a la esposa una pensión del art. 97 CC.⁴⁵⁸

Los argumentos por los cuales la Sala tomó esa decisión, fue al tomar en consideración algunos aspectos. En primer lugar, se debe conocer que en el momento en el que los cónyuges estipularon que en el futuro, en caso alguno se fijaría una pensión compensatoria a favor de cualquiera de ellos, ambos se encontraban ejerciendo sus profesiones y consecuentemente, sus ingresos se percibían de manera independiente. Sin embargo, cuando la esposa presentó la demanda de separación, solicitó que se tome en cuenta que las circunstancias sobre las cuales lo acordaron,

⁴⁵⁶ Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta. Ponente: Ilustrísima María Pilar Muriel Fernández-Pacheco. Sentencia N°690/2000. Recurso de apelación 217/2000 de 12 de diciembre de 2000.

⁴⁵⁷ *Ibid.* Que hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo (España) de 18 de noviembre de 1957.

⁴⁵⁸ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 22. *Óp. Cit.*

habían cambiado excepcionalmente, empezando por el hecho de que la actora, dejó de trabajar desde que se casó, para seguir a su esposo a los distintos destinos laborales.⁴⁵⁹

Por otro lado, se tomó en cuenta la dedicación de la esposa tanto al esposo como a un hijo de éste, el hecho de que la actora no tendría más que un poco de ahorros, que carece de una vivienda, así como de un empleo o de la proyección inmediata de reinserción al campo laboral. Y por todas estas consideraciones, se le concedió el derecho a una pensión compensatoria, con un valor más o menos proporcional al patrimonio del ex esposo.⁴⁶⁰

Sobre este tema, Zarraluqui hace referencia a la amplia discusión que se ha presentado sobre un tema tan novedoso como lo es éste. En especial, ha sido acerca de la validez y eficacia que pueden tener los pactos prenupciales, todo ello debido a que en España se ha empezado a hablar sobre

[...][L]a aspiración a regular las consecuencias de una ruptura cada vez más previsible. A la abundancia de fracasos conyugales, se une al azar de la aplicación de unas leyes de dudosa calidad y de unos órganos judiciales no especializados, todo lo cual convierte el futuro en un incierto porvenir en el que puede pasar de todo.⁴⁶¹

Sin embargo, siendo prácticos, “¿es posible legalmente alcanzar pactos relativos a la ruptura del matrimonio?. Nada hay que se oponga en términos generales a la libertad de pactar, en capitulaciones o en otro documento, cuestiones relacionadas con la separación o el divorcio del matrimonio.[...]”⁴⁶², debido a la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, a mí parecer, cuando las parejas se van a casar, significa que están realmente enamoradas y que lo que buscan es pasar el resto de sus vidas con la otra persona. El pactar este tipo de acuerdos, sería estar previendo la posibilidad de

⁴⁵⁹ *Id.*, pp. 22-24. *Óp. Cit.* De la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección Tercera. Ponente.: Albiez Dormán. Sentencia núm. 1599/2001. Recurso de Apelación núm. 79/2000 de 14 mayo de 2001.

⁴⁶⁰ *Ibíd.*

⁴⁶¹ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 12. *Óp. Cit.*

⁴⁶² *Ibíd.*

que ello no pase, entonces ¿cuál sería el punto de casarse en primer lugar? Por lo que Zarraluqui afirma que

Lo que perturba en la renuncia de este derecho futuro es que tanto la base de su existencia –desequilibrio y comparación en las personas y en tiempo: la situación del otro cónyuge y anterior al matrimonio- como las de su cuantía, no sólo cabe que se hayan modificado de forma extrema desde que se suscribió el pacto renunciatorio –incluso previo a la unión -, sino que además estos cambios hubieran sido impensables en el momento de la firma.⁴⁶³

Frente a esto, se discute si cabe o no el principio *rebus sic standibus*, el cual se define así:

Cláusula sobreentendida en los contratos en virtud de la cual se entiende que, las estipulaciones establecidas lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes, en el momento, esto es, estando así las cosas, de forma que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.⁴⁶⁴

Principio que entendemos que en la sentencia anteriormente mencionada, sí fue tomado en consideración, debido a que las circunstancias durante las cuales se pactó una determinada cláusula, cambiaron de manera notoria a las cuales se presentaban al momento de la separación de los cónyuges contratantes.

En todo caso, según Zarraluqui, “debe primar la libertad contractual, siempre que no existan cuestiones afectadas por la ley o el orden público, que no concurren en este supuesto. La disponibilidad clara de la pensión compensatoria debe comprender la posibilidad de renuncia preventiva.”⁴⁶⁵

3.2.2.8. Extinción de la pensión compensatoria

El derecho a recibir una pensión del cónyuge considerado débil, se encuentra recogido en el artículo 101 del Código Civil español, y establece que éste “se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por

⁴⁶³ *Id.*, p. 24.

⁴⁶⁴ Diccionario Jurídico. Disponible en: <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>. (acceso: 04/09/2012).

⁴⁶⁵ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. p. 24. *Óp. Cit.*

vivir maritalmente con otra persona. [...] [Por el contrario,] no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor”⁴⁶⁶, debido a que sus herederos deben responder por la pensión, a menos de que soliciten ante Juez la reducción o la supresión de la misma, en el caso en el que el caudal hereditario, no pudiera satisfacer la deuda o afectara los derechos de la legítima de sus herederos.

Para que pueda considerarse concluida la obligación del otro consorte, deberá dejar de existir la causa que lo motivó, es decir, el desequilibrio económico de uno de ellos, frente a la posición del otro. Cuando bien se haya cumplido con el pago de la pensión compensatoria, de la manera en la que ésta haya sido pactada o incluso se podría entender, que ello también podría suceder, cuando haya una alteración sustancial en la fortuna del cónyuge acreedor, logrando que ya no estén en posición de desequilibrio económico entre ellos, y, consecuentemente ya no quepa el derecho a la pensión.

En definitiva, el juez deberá determinar cuándo cabría solamente la modificación de la pensión, debido a que la alteración no sea lo suficientemente sustancial, para poder extinguir la obligación del cónyuge deudor y cuándo sí cabría extinguirla.

En las causas legales, no se menciona de manera taxativa, el hecho de la reconciliación de los cónyuges, como una forma de extinción de la pensión, pero ello podría sobreentenderse, al establecerse que el derecho a la pensión se puede extinguir, en el caso en el que el acreedor contraiga un nuevo matrimonio. En adición, resultaría absurdo pensar que reconciliados los cónyuges, existan obligaciones pendientes entre ellos.

Según Sánchez Hernández, también se extinguiría el derecho a la pensión, por la renuncia a éste⁴⁶⁷, lo cual es posible si es que nos remitimos al concepto de extinción de derechos, el cual estipula lo siguiente: “[h]echo de que cesen o acaben, ya por haberlos abandonado o renunciado o por no ser ya legalmente exigibles.”⁴⁶⁸ (el

⁴⁶⁶Ley 15/2005 (España). Artículo 101. *Óp. Cit.*

⁴⁶⁷Á. Sánchez Hernández. “La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio”. p. 142. *Óp. Cit.*

⁴⁶⁸G. Cabanellas de Torres. *Diccionario Jurídico Elemental*. p. 157. *Óp. Cit.*

subrayado es mío). Sin embargo, cabe recalcar que sobre el análisis de la renuncia, ya se ha dedicado un acápite en particular, para su debido análisis y explicación.

Zarraluqui ha hecho un estudio de las omisiones que se han hecho con la reforma de la ley 15/2005, y entre ellas está el hecho de que como causales de extinción de la pensión compensatoria, no consta el caso en el que el acreedor actúe lesivamente en contra del deudor.

Aunque [con] la filosofía del precepto se pretende que no tenga en cuenta más que factores de orden económico, en su redacción se incluyen otras causas –por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona – que no participan de tal calificación.⁴⁶⁹

Si bien, la intención del legislador buscaba eliminar el elemento de culpabilidad con la reforma, no considero que sea razón suficiente, que a pesar de las lesiones que pudiera impartir el cónyuge beneficiario al deudor, éste tenga que seguir garantizando su supervivencia al menos en el aspecto financiero.

Para concluir todo el análisis hecho a la figura de la pensión compensatoria en el sistema español, cabe afirmar que a pesar de que existe tanto doctrina como jurisprudencia que le ha hecho fuertes críticas, en general, es una institución, que busca que el sacrificio que hayan realizado los cónyuges débiles al poner a su familia primero, y la dedicación que han tenido con ella, sea recompensado. Se busca que prime el principio de equidad, que el derecho a la igualdad de oportunidades de conseguir medios para poder subsistir, entre los ex cónyuges, sea respetado; y finalmente, se busca el bienestar tanto del cónyuge beneficiario de la pensión, como de los hijos nacidos en matrimonio.

⁴⁶⁹L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*, p. 48. *Óp. Cit.*

4. Recomendaciones a ser aplicadas en nuestra legislación

4.1. Mayores y mejores medidas de protección económica hacia el cónyuge débil desde el sistema anticausalista al causalista

Después de haber revisado las formas de protección al indefenso económicamente, como resultado del divorcio, tanto en España como en Ecuador, podemos llegar a revisar cuáles serían las recomendaciones a ser aplicadas en nuestro país, cuáles aspectos son rescatables y compatibles con nuestra legislación. El país escogido para la comparación a lo largo de toda la tesina, es el que considero tiene una amplia aportación para la evolución y desarrollo de la legislación civil, en especial la de Derecho de Familia en el Ecuador.

He considerado como una de las razones principales para hacerlo, el hecho de que en la última reforma española, se planteó la eliminación de causas y con ello, la eliminación de la culpabilidad para poder plantear el divorcio. En el presente trabajo, en cada uno de los capítulos, se ha hecho énfasis en las diferencias que se dan entre el divorcio-sanción (basado en la culpabilidad) y el divorcio-remedio; en donde se ha acentuado el hecho de que la culpabilidad, limita a que un cónyuge pueda ser acreedor de derechos como el de la pensión compensatoria, el cual es el punto central de esta tesina, al lograr que con él, se proteja debidamente al cónyuge débil resultante del divorcio. Son varios autores los que se muestran a favor del segundo tipo de divorcio mencionado:

Ha quedado demostrado, desde diversos aspectos, la inconveniencia del régimen de la inculpación en materia de divorcio. En un primer enfoque, cabe señalar que, de resultados del juicio de reproche –en el que se pretende indagar culpas- puede quedar afectado uno de los principios básicos de nuestra organización jurídica: el de *justicia y equidad*.⁴⁷⁰

Como se puede observar, los principios de justicia y equidad, no son ponderados al establecer la culpabilidad de uno u otro cónyuge y nada interesa que el llamado *cónyuge culpable* por esta línea de pensamiento, tenga o no lo necesario para sobrevivir y haya o no sufrido un desmedre en su economía al haberse divorciado,

⁴⁷⁰M. L. Mizrahi. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998. p.196.

independientemente de las diferencias que pueden haber existido entre los cónyuges mientras el matrimonio subsistió.

No obstante, cabe mencionar uno de los aspectos que el divorcio-sanción no ha considerado hasta ahora, ya sea de manera doctrinaria como jurisprudencial, al menos en nuestro país, y es que

[...][D]urante el trámite de este proceso es harto improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable –si es que existe- del fracaso conyugal. En efecto, a pesar de que la sentencia recrea figuras de *culpable* e *inocente*, el factor subjetivo de atribución es el que se presenta como sumamente endeble; precisamente porque se trata de efectuar una calificación que hay que deducir desbrozando aisladamente hechos de una serie de conductas y contingencias que son propias de la *intimidad* matrimonial.⁴⁷¹

Pero aún así, en nuestra legislación, se ponderan las pruebas que uno de los cónyuges ha traído a colación a juicio; ello, a pesar de la dificultad probatoria con la que se debe lidiar dentro de nuestro sistema judicial, como ya se mencionó en el Capítulo II. Efectivamente,

La impugnación al sistema de la inculpación no queda limitada a la circunstancia de la dificultad probatoria; o sea que no se trata sólo de un problema casuístico, de análisis de pruebas [...]. El tema, por el contrario, va más allá en la medida en que lo que se cuestiona es también la existencia misma de la *culpabilidad exclusiva* de un cónyuge (o, si se quiere, la *inocencia* del otro) e, incluso, de la verificación en sí del “hecho ilícito”.⁴⁷²

Y si bien se hablan de que son hechos ilícitos, como los que configuran las causales de divorcio, y generan el daño; no obstante, de acuerdo a Mazzinghi “[...] no podemos postular la culpa (o por lo menos, la exclusiva culpa de uno de los esposos), mal hemos de calificar como “ilícitos” a los hechos configurativos de las causales tradicionales de divorcio, pues es precisamente aquélla que tiñe la actitud de éstos.”⁴⁷³

Y en definitiva, se dice que puede además, resultar equivocado el culpabilizar a un cónyuge por la ruptura del vínculo matrimonial, cuando existe

⁴⁷¹ *Ibíd.*

⁴⁷² *Id.*, pp.197-198.

⁴⁷³ *Id.*, pp.198-199.

[...] [L]a vía del divorcio-remedio [, la cual] no se abre regularmente para atender a los casos en que no ha mediado la comisión de “actos culpables” por parte de uno o ambos esposos, sino precisamente para los supuestos en que, a pesar de que tales hechos “culpables” se verifican para la ley en toda su pureza, los cónyuges prefieren –con el visto bueno legal- que la disolución vincular transite por un carril mucho menos traumático sin realizar indagaciones acerca de quien o quienes han sido los autores de ese estado de cosas.⁴⁷⁴

Es decir, que mediante este tipo de divorcio, como su nombre lo indica, se puede encontrar el remedio o solución a la crisis matrimonial, que afecta más cuando el vínculo se mantiene unido, que cuando se logra disolver. Y es que en realidad,

Para quien conozca el gratificante pero a la vez complejo mundo interior del matrimonio, se le hace sumamente difícil imaginar que en cada fracaso deba sindicarse a uno de los cónyuges como un *delincuente* empeñado en *dar rienda suelta a sus pasiones*, imagen bastante morbosa y desacertada.⁴⁷⁵

Lo interesante es que entre ambos sistemas tanto en el causalista como el anticausalista, se dirigen a un mismo objetivo, velar por los intereses y el bienestar de los cónyuges y de sus hijos, si los hubiere, es decir, el de la familia en general. El hecho de que cada uno de ellos tenga una teoría distinta en cuanto al camino para lograrlo, es indiferente en cuanto a que existen pruebas de que independientemente de cuál sea el sistema que se aplique a las situaciones, se puede brindar la debida protección tanto al cónyuge desamparado sobre todo en el ámbito económico, como a los descendientes frutos de la unión que alguna vez existió entre los esposales.

Entonces, vemos que esta modernización del Derecho de Familia es necesaria en países como el nuestro, en donde los procesos judiciales duran muchísimo tiempo, causando mayores daños emocionales de los que ya existen, mientras que bien se podría ayudar a mitigar ese sufrimiento, al dar razón a los cónyuges, quienes serán los que experimenten las causales. Se puede lograr celeridad procesal y la debida protección tanto a los cónyuges como también a los hijos, todos quienes sufren a consecuencia de la crisis matrimonial y divorcio; implementando el divorcio-remedio, eliminando el elemento de culpabilidad, que tanto retrasa los procesos, y que afecta al

⁴⁷⁴ *Id.*, p.205.

⁴⁷⁵ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 282. *Óp. Cit.*

derecho del cónyuge débil económicamente, el cual está tesina busca proteger. En España,

Todas las medidas contenidas, en cuanto a los hijos, en los arts. 92, 93, 94 Cc. van encaminadas a que el daño que la sentencia de nulidad, separación o divorcio pueda producirles sea el menor posible; a que aquélla no les acarree perjuicios innecesarios y a que, en su nueva situación, los hijos queden en la forma que sea más conveniente con sus propios intereses.⁴⁷⁶

Es importante mencionar, que a través de esta implementación, no sólo se estaría velando por los intereses y el bienestar de los cónyuges, sino todo lo contrario, pues se debe observar que

[E]sta absurda búsqueda medieval de un “responsable” de la ruptura termina por desestructurar a los hijos. [...] Este “cierre” de la comunicación entre los progenitores neutraliza todo intento de cooperación de los ex esposos como padres; instalando pues a los hijos en una situación de riesgo.⁴⁷⁷

El buscar el responsable o culpable de la ruptura del vínculo, no hace más que demorar el proceso en cuanto al tema probatorio; y, en adición, logra que tanto los cónyuges como los hijos, alarguen el sufrimiento de un proceso tortuoso como lo es éste en la actualidad. Y mirando un poco más allá, a través del sistema de divorcio-sanción, se permite que los jueces invadan vida privada, al tener que verificar esta culpabilidad a través de las pruebas, las cuales parten de la intimidad tanto personal como familiar, a pesar de que la misma Constitución de la República en su Artículo 66, reconoce como parte de los derechos a la libertad, el derecho a la intimidad.⁴⁷⁸

Asimismo, no se está respetando ni el principio de la autonomía de la voluntad, el cual es uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento, ni tampoco, “[...] 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.”⁴⁷⁹, del mismo Artículo. Ello es debido a que a través de este sistema, el

⁴⁷⁶J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 99. *Óp. Cit.*

⁴⁷⁷M. L. Mizrahi. *Familia, matrimonio y divorcio*. p.200. *Óp. Cit.*

⁴⁷⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66, numeral 22. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008.

⁴⁷⁹*Id.*, Artículo 66, numeral 5.

cónyuge debe mantenerse atado al otro, a pesar de que su voluntad sea el de romper el vínculo, incluso logrando un beneficio familiar y no sólo personal, como ya lo he venido mencionando. Este mismo respeto al libre desarrollo de la personalidad, se encuentra reconocido en la legislación española, a la cual ya se ha hecho referencia anteriormente y es uno de los motores de la Ley 15/2005, en particular en cuanto ala reforma del divorcio sin causa.

En adición, es importante mencionar, que constitucionalmente en el Ecuador ya no existe protección al matrimonio como tal, solamente así, hacia la familia en general, la cual es considerada como núcleo fundamental de la sociedad. Del matrimonio, en el Artículo 67 de nuestra Constitución, únicamente establece que deberá fundarse en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad que exista entre éstos.⁴⁸⁰

Por ende, el matrimonio, por tantos años resguardado por la Carta Magna por influencias religiosas, deja de estar protegido, y es así como nuestro sistema legislativo ha ido evolucionando y si bien nuestro Código Civil, todavía está altamente influenciado por la Iglesia, nuestra Constitución ya no, por lo que ésta permite otros cambios, como el de la protección al derecho de libre desarrollo de la personalidad; reconociendo la supremacía que tiene ésta por sobre cualquier otra norma de nuestro ordenamiento y asimismo el de la implementación del divorcio-remedio en la legislación ecuatoriana, como muestra también, del principio de autonomía de la voluntad. En este análisis radica mi primera propuesta, pues una vez revisados todos estos antecedentes tanto constitucionales como sociales y las debidas explicaciones a lo largo de la tesina, considero aplicable este sistema en nuestro país.

En primer lugar, y con el fin de poder facilitar el cumplimiento de la celeridad procesal mencionada, considero indispensable señalar que si bien en España se ha puesto como tiempo mínimo para poder demandar la disolución del vínculo conyugal, el de tres meses; considero que para nuestro país, ello no debería aplicarse, por el

⁴⁸⁰ *Id.*, Artículo 67.

mismo respeto al derecho de libre desarrollo de la personalidad y al principio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en deshacer el vínculo cuando así lo consideren pertinente.

No obstante, considero que las excepciones que se toman en cuenta en España, para esta limitación, son perfectamente válidas y aplicables también en nuestro país, para cuidar los abusos que puedan darse y de alguna manera con ello, se mantendrían rezagos del sistema de divorcio-sanción, aunque sin el elemento de culpabilidad, pues con estas excepciones, se busca proteger al cónyuge que pueda sufrir de abusos o agresiones por parte del otro cónyuge. Es así, que estimo que el contenido del artículo 81 de la Ley 15/2005, podría ser aplicado en nuestro país. El mismo establece que:

No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.⁴⁸¹

La diferencia que existiría en nuestro ordenamiento, sería únicamente el tema de la falta de necesidad de un tiempo mínimo de matrimonio, como requisito para poder divorciarse, a menos de que ocurran sucesos como los de las excepciones planteadas en el Artículo citado anteriormente.

De todas maneras, un aspecto importante a saberse, es que como ya se mencionó en el Capítulo I, uno de los impedimentos para aplicar el sistema de divorcio sin causa o de divorcio-remedio en nuestro país, es que según los legisladores, podría dejarse en desprotección al cónyuge con menores recursos económicos, lo cual generalmente sucede para el caso de la mujer.

Sin embargo, con el fin de que ello no ocurra, otras legislaciones, han implementado figuras de compensación económica, como la pensión compensatoria en el caso de España, con el único fin de lograr una compensación económica para el cónyuge débil. Y ello resulta independiente del sistema de divorcio que se aplique, ya

⁴⁸¹ Véase *Capítulo I. Ley 15/2005. Artículo 81.*

sea el de remedio o sanción, como se da en el caso de Argentina, el cual se revisará más adelante en este capítulo.

En el caso español, respecto de la pensión compensatoria se ha establecido que:

La prestación impuesta por este precepto no es ni indemnizatoria por la ruptura, ni alimentaria. No supone indemnización del culpable al inocente por la ruptura del consorcio, pues el legislador no toma en cuenta en ningún caso quién dio motivo para la separación y prescinde aquí de la referencia potencial a la culpabilidad. Tampoco se trata de alimentos en caso de necesidad: el esposo demandante de la pensión sólo tiene que demostrar el desequilibrio económico que le es favorable, determinándose entonces la pensión en su favor mientras el desequilibrio dure.⁴⁸²

De esta afirmación, se puede ver la diferencia que existe con el sistema ecuatoriano, debido a que por ejemplo una de las figuras más cercanas a la pensión compensatoria, como se mencionó en el Capítulo III, conocida como el derecho a la quinta parte de los bienes, es considerada como una prestación alimenticia, y parten del supuesto de necesidad del cónyuge débil.

Tomando en cuenta que Argentina respecto de este tema, puede ser considerado como el término medio entre las legislaciones de Ecuador y España, puesto que logra que la brecha normativa existente entre ambas sea más pequeña. Efectivamente en dicho país, “[l]a ley reconoce derecho a recibir alimentos al cónyuge inocente y al enfermo, pero prevé también la situación de quien no pueda procurarse el sustento.”⁴⁸³

Con esto, se puede ver que existe una semejanza con el Ecuador, debido a que una de las condiciones para que pueda operar el derecho a alimentos del cónyuge débil del divorcio, será que carezca de la congrua sustentación, es decir, que no tenga los suficientes medios para sobrevivir y la segunda, que el cónyuge alimentante, tenga los recursos para hacerlo. Sin embargo,

Mientras los alimentos debidos al cónyuge inocente deben ser fijados en una proporción que permita al alimentario mantener el nivel de vida de que gozaba durante la

⁴⁸²J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 105. *Óp. Cit.*

⁴⁸³J. A. Mazzingui. *Derecho de Familia: Separación Personal y Divorcio*. Tomo III. Universidad Austral. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999. p. 341.

convivencia, los que establece el art. 209 apuntan a asegurar lo elemental para que el beneficiario pueda subsistir.⁴⁸⁴

Esta aseveración, plantea el carácter híbrido que presenta la legislación argentina, frente a la ecuatoriana y española. Pues si bien tanto en Ecuador como en Argentina, se puede fijar una prestación alimenticia al cónyuge inocente, en este último país, ello será con el fin de que el cónyuge alimentario, pueda mantener el mismo status de vida que tenía mientras estaba casado, con lo que puede apreciarse una similitud con la pensión compensatoria de España; a diferencia de lo que ocurre en Ecuador, en donde al inocente, solamente se le podrá otorgar la quinta parte de los bienes, bajo la consideración de que pueda subsistir.

Con todo, en el sistema argentino, como excepción, se ha planteado que el cónyuge culpable que no pueda subsistir, podrá recibir lo necesario para subsistir, aspecto que no ha sido ni siquiera tomado en consideración en nuestra legislación, debido al arraigo que se tiene con el sistema de divorcio-sanción.

No obstante, si la culpabilidad no se aplicaría, entonces no existirían estas hipótesis, simplemente se protegería al cónyuge débil, independientemente de si éste se ajustó o no a una causal (no necesariamente legislativa, sino incluso de carácter social). Y no se harían distinciones de la pensión, como ocurre en España, que lo que intenta es eliminar el desequilibrio económico existente entre los cónyuges y no se habla de equiparar los patrimonios de éstos, ni de darle lo mínimo para su congrua sustentación, lo que se busca es que se retribuya al cónyuge por lo que haya aportado a la vida en común, ajustándose al principio de igualdad, como se destacó en el Capítulo III.

Ya no estamos, pues, necesariamente, frente al caso de un cónyuge culpable, a quien se le reconoce excepcionalmente derecho a alimentos, sino que tal beneficio puede corresponder a personas que han obtenido la separación personal o el divorcio sin declaración de culpa.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ *Id.*, p. 343.

⁴⁸⁵ *Id.*, p. 347.

De todas maneras, resulta obvio que el cónyuge débil económicamente, deberá probar y alegar que “para él, la separación o el divorcio ha supuesto, directa o indirectamente, un empeoramiento o un desequilibrio económico negativo en relación al tenor de vida disfrutando durante su matrimonio y al que conserva su consorte o ex-consorte.”⁴⁸⁶ Sin esta prueba, el derecho a esta prestación, no podrá nacer.

En todo caso, considero que para poder aplicar la pensión compensatoria en nuestro país, se deberían tener ciertas consideraciones. Una de ellas, es la de establecer la prohibición de la modalidad de renta vitalicia, con el objetivo de evitar abusos o enriquecimientos injustos, que lamentablemente, sobretodo en las sociedades latinoamericanas, sin excepción en el Ecuador, existe mayor propensión. Ello a diferencia de España, que después de hartas discusiones, se aplica como excepción; no obstante, sugiero que en Ecuador no se pueda aplicar ni siquiera excepcionalmente.

Bajo el mismo concepto, considero que se deberá fijarla en un tiempo máximo a ser determinado legalmente, además del que el juez dictamine en el caso particular, dependiendo de las circunstancias pertinentes a cada uno de los casos. En otras palabras, el juez tendrá la potestad de aplicar un número de años después de revisar el caso en particular, pero tendrá un límite de diez años para hacerlo. La razón de proponer este periodo de tiempo, es debido a la revisión de la jurisprudencia española en cuanto al tema⁴⁸⁷, en donde se analizó que este tiempo será excepcional para que el cónyuge beneficiario, pueda restablecer su economía y reinsertarse en el mundo laboral, y será solamente debido a que sus circunstancias son realmente extremas y existe bastante dificultad de éste para hacerlo.⁴⁸⁸

Una resolución judicial española ha sentado el precedente que se aplica en su país, en el sentido de que, con el elemento de la temporalidad de la pensión compensatoria:

⁴⁸⁶J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 105. *Óp. Cit.*

⁴⁸⁷Véase *Capítulo III*.

⁴⁸⁸Véase *Capítulo III*.

[S]e evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad; y se aduce el carácter dispositivo –se trata de materia sujeta a la disposición de las partes en cuanto está basada en un interés privado, y por ello es renunciable, transaccionable y convencionalmente condicionable y limitable en el tiempo, habiendo reconocido el carácter dispositivo [...].⁴⁸⁹

Inclusive debido al tema de la reinserción laboral, tomando en cuenta que por un lado, mientras más tiempo una persona dependa de esta institución, más tiempo aportará en la tasa de desempleo del país y se acostumbrará a la misma. Por el contrario, la temporalidad de la pensión, puede servir tanto como presión, como de incentivo para el cónyuge beneficiario, a buscar sobrevivir por sus propios medios.

Asimismo, en España se han establecido limitaciones como el que “el derecho a [la]pensión no surge si el cónyuge o ex-cónyuge la precisa después de la sentencia, por haber venido en peor condición económica, pues ha pasado ya el momento de solicitarlo.”⁴⁹⁰ Es decir, que como se mencionó en el Capítulo III, el derecho a la pensión compensatoria, sólo puede nacer en el momento del divorcio mismo, debido a que allí deberá verificarse o no, la existencia del desequilibrio económico entre los ex cónyuges, elemento *sine qua non* de esta figura, y jamás después, debido a que allí el desequilibrio económico, no habría surgido como consecuencia del divorcio.

Es importante establecer, que la vía planteada para reclamar cualquier tipo de daño causado por un cónyuge a otro, es completamente distinta a la que se plantea con el divorcio y la debida protección al cónyuge considerado débil, pues ésta nada tiene que ver con la reparación de un daño, en realidad lo que intenta es equilibrar el desequilibrio monetario y mejorar las posibilidades de dicho cónyuge, para que tenga mayores oportunidades de prosperar después del divorcio.

Tomando en cuenta, que en cada caso, las circunstancias son muy distintas, es importante que existan parámetros que regulen las medidas a darse como consecuencia

⁴⁸⁹Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Sr. Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. *Óp. Cit.*

⁴⁹⁰J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia.* p. 105.*Óp. Cit.*

de la ruptura del vínculo matrimonial. Esta es una de las razones por las que en España se ha creado la figura del convenio regulador, que en realidad es una propuesta. Para Lacruz Berdejo, éste

[T]rasciende en tres aspectos: uno, para ordenar las consecuencias del procedimiento de separación o de divorcio iniciado y tramitado mediante acuerdo de los cónyuges, en cuyo caso la presentación de la demanda exige necesariamente acompañarse de la propuesta de convenio; dos, puede sustituir a las medidas provisionales estrictamente judiciales para durante la tramitación del pleito de nulidad, separación o divorcio, cualquier que sea el trámite por el que se sustancia el mismo (art. 103 Cc.); y, tres, puede sustituir, asimismo, a los efectos accesorios de las sentencias de nulidad, separación y divorcio que, en otro caso, habría de decidir el juez (art. 91).⁴⁹¹

Es sumamente importante la figura del convenio regulador, puesto que además de las funciones aquí expresadas, sirve también, para evitar imposiciones judiciales que posteriormente, tendrán alta posibilidad de no ser cumplidas por las partes intervinientes. Inclusive se evita dilatar más el proceso y el que se tengan que interponer recursos en el futuro, debido a que los ex cónyuges, podrán estar de acuerdo con las decisiones judiciales impuestas y su cumplimiento será más fácil.

Nadie mejor que los cónyuges sabe las circunstancias de su caso en particular, por lo que ellos sabrán cuáles son las mejores medidas a aplicarse. De todas maneras, el juez deberá revisar el contenido del convenio regulador, con el fin de que no contravenga al orden público, o sea contraproducente frente a los hijos del matrimonio, como a los mismos cónyuges o sólo a uno de ellos, pues en ese caso, podrá denegar su aprobación y con ello, los cónyuges tendrán la oportunidad de plantear uno nuevo, para su respectiva aprobación.⁴⁹²

[...][E]l legislador propende a facilitar y asegurar la aprobación judicial del acuerdo de los cónyuges, señalando los límites del arbitrio del juzgador y posibilitando a los esposos la formulación de un convenio alternativo en el caso de que el inicialmente propuesto o presentado no merezca ser aprobado por el juez.⁴⁹³

⁴⁹¹ *Id.*, p. 96.

⁴⁹² Véase *Capítulo III*.

⁴⁹³ J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 97. *Óp. Cit.*

En el caso en el que los consortes no lleguen a ponerse de acuerdo en las medidas a aplicarse, podrá ser el juez el que dictamine dichas medidas, las cuales deberán referirse a lo estipulado en el Artículo 90 modificado por la Ley 15/2005, que considero perfectamente aplicable a nuestra realidad jurídica. Como ya se mencionó en el Capítulo III, éste estipula lo siguiente:

- a. El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- c. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso.
- d. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- e. La pensión que, conforme al artículo 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.⁴⁹⁴

Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este caso, los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.⁴⁹⁵

En todo caso, es importante mencionar que este convenio regulador, es únicamente una propuesta de las partes. Es por ello, que considero pertinente cambiarle el nombre de “convenio regulador”, por el nombre de “propuesta de medidas” para Ecuador, reconociendo el poder jurisdiccional que tiene el juez, para aprobarlo o negarlo con la debida motivación, solamente cuando exista un grave peligro tanto para los cónyuges como para los hijos de matrimonio. Sin embargo, la facultad de instituir las medidas que mejor les convengan tanto a ellos, como a sus hijos, será de las partes intervinientes. Puesto que

Desde el punto de vista del interés de los hijos, lo deseable es un entorno familiar armónico y rico en afectos. La separación de los padres afecta seriamente el desarrollo

⁴⁹⁴ Sobre ésta se hará alusión más adelante en este mismo capítulo.

⁴⁹⁵ Ley 15/2005 (España). Artículo 90. *Óp. Cit.*

sicológico de los hijos, pero el daño es más grave todavía, cuando se ven obligados a presenciar los dramáticos conflictos de un hogar destruido.⁴⁹⁶

Con esta afirmación, es necesario admitir que “[h]a de ser bienvenida la desarticulación de aquél orden familiar en pos del bienestar de los seres humanos. No debe haber interés social en la conservación inmutable de entelequias.”⁴⁹⁷ En otras palabras, es preferible la formación de dos hogares en los que se puede convivir con mayor paz, a uno sólo en el que ésta no exista y es por ello que estimo fundamental el acuerdo entre los cónyuges, para poder formar la propuesta de la normativa que regirá entre éstos, primando el principio de la autonomía de la voluntad, y ello,

No hace sólo a la propia dignidad de los cónyuges, sino fundamentalmente a una adecuada protección a los hijos, que el matrimonio represente una fuente de gratificación para los esposos, pues de lo contrario muy difícil será para ellos el cumplimiento de su primordial función co-parental.⁴⁹⁸

En orden de asegurar el acatamiento de las medidas a las que se viene haciendo alusión, “[e]l juez podrá disponer todas las medidas cautelares y de aseguramiento que considere oportuno, tales como ordenar que se entreguen al pensionista una parte de las rentas o salarios del obligado, exigir la prestación de cauciones y garantías reales o personales, etc.”⁴⁹⁹ El mismo artículo 90 (anteriormente mencionado), estipula: “El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.”⁵⁰⁰ Con ello, se puede apreciar que aquí, se dan las tan buscadas debidas protecciones al cónyuge débil económicamente, objeto principal de esta tesina.

En adición, como métodos de coerción, en el caso de incumplimiento injustificado de las medidas aprobadas judicialmente o dictaminadas en resolución judicial, se podrán establecer multas, como las que han sido establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

⁴⁹⁶Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. p. 282. *Óp. Cit.*

⁴⁹⁷M. L. Mizrahi. *Familia, matrimonio y divorcio*. p.228. *Óp. Cit.*

⁴⁹⁸*Id.*, p.226.

⁴⁹⁹J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p.108. *Óp. Cit.*

⁵⁰⁰Ley 15/2005 (España). Artículo. 90. *Óp. Cit.*

Artículo 776. Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas.

Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el libro III de esta Ley, con las especialidades siguientes:

1.a Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711⁵⁰¹ y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

2.a En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709⁵⁰² y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto

3. a El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas.⁵⁰³

Con el fin de alcanzar en Ecuador, una aplicación más efectiva, tanto de las medidas a tomarse como resultado del divorcio, como en particular, de las de la pensión compensatoria, a la cual se hará mención enseguida; planteo la utilización del concepto del texto del artículo precedente, en el que como una de las disposiciones coercitivas, se formulan multas por incumplimiento.

El sistema causalista le impone la carga procesal al víctima de cualquiera de las causales, es decir, que éste debe probar los hechos que se configuran para la subsunción a la causal prevista en la norma del Código Civil; por el contrario en el sistema anticausalista, la protección es independiente de las causales, se da a quien resulte más débil principalmente en el aspecto económico. En todo caso, lo que se intenta es dar mayor amparo al cónyuge débil y sí podría ser logrado a través de la eliminación de causales y establecimiento de la pensión compensatoria.

⁵⁰¹Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Artículo.711. *Óp. Cit.* Este artículo, establece lo siguiente: Cuantía de las multas coercitivas.

Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores, el tribunal, mediante providencia, tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por 100 del precio o valor y la multa única al 50 por 100 de dicho precio o valor.

⁵⁰²Ver anexo 1. Se encuentra el texto completo de dicho artículo, para su mayor comprensión.

⁵⁰³Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Artículo.776. *Óp. Cit.*

Lo que busca el sistema sin causales, es el de despojar a la sociedad de las concepciones moralistas, tomando en cuenta que su fundamento ya no tiene (y en realidad nunca ha tenido) un enfoque práctico, y por el contrario lo que ha hecho es culpabilizar a una de las partes, pero en lo que en realidad debería enfocarse es en resguardo de las partes que intervienen o se afectan del divorcio.

Considero importante resaltar nuevamente el fundamento por el cual ésta nace en la rama del Derecho, y como ya se dijo en el Capítulo III, es debido al hecho de que en muchas parejas, una vez finalizado el vínculo matrimonial, no existía forma alguna de que se restituya el tiempo, sacrificio y esfuerzo ocupado en el bienestar del hogar, por sobre los intereses personales, y el hecho de que el cónyuge que más se haya dedicado a su familia y no a sí mismo, tenga grandes dificultades de salir adelante, por no haber trabajado por muchos años o de no haber estudiado siquiera para poder hacerlo; o por el hecho de que ni siquiera piense en la posibilidad de terminar este vínculo, por el miedo de quedar desamparado, es por ello que sostengo que esta prestación puede servir para ayudar a mitigar este problema, que bien puede ser resuelto por la vía jurídica.

La pensión compensatoria, de acuerdo a lo que se mencionó en el Capítulo II, está basada únicamente en un daño objetivo, y por ende no genera responsabilidad civil. También, como ya se ha mencionado anteriormente, ésta es una figura *sui generis*, no es tampoco una institución indemnizatoria ni compensatoria por completo. Razón por la cual, se manifiesta que la vía a seguirse para poder demandarla, seguirá siendo la verbal sumaria, como parte de la *propuesta de medidas*, la cual sugiero que al igual que en España, sea acompañada a la acción de divorcio y tenga el contenido mínimo descrito en el Artículo 97 de la Ley 15/2005, sobre el cual se adentró en el Capítulo III:

- 1.^a Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.^a La edad y el estado de salud.
- 3.^a La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.^a La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.^a La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.^a La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

- 7.^a La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.^a El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.^a Cualquier otra circunstancia relevante.⁵⁰⁴

Todo ello, deberá ir dentro de la *propuesta de medidas* y será igualmente revisado por el juez, el cual a su vez, en caso en el que no exista acuerdo, decidirá sobre estos puntos básicos.

Considero que deberá mantenerse la audiencia de conciliación que se da en la actualidad, y ella servirá para que el juez dirima el conflicto entre las partes, y que se resuelvan los temas planteados en la demanda, tales como los que afecten directamente a los cónyuges como la pensión compensatoria, como los referentes a los hijos, como la pensión alimenticia, visitas, tenencia, atribución de la vivienda, etc.

Asimismo,

De acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, la audiencia de conciliación tiene por objeto conseguir, por todos los medios aconsejados prudentemente por la equidad y la paz, que los contendientes lleguen a un avenimiento.

Si en la audiencia de conciliación, los cónyuges expresan su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial, demuestran que se han terminado, respecto de ellos, los fundamentos, los lazos de matrimonio; que éste, en el fono y de hecho, ya no existe; y así debe declararlo el juez.⁵⁰⁵

Sin embargo, considero importante que se mantenga también la premisa de que:

Mientras se tramita el divorcio, [...] los hijos deben ser atendidos normalmente en la satisfacción de sus necesidades primordiales, vitales, como son el alimento, el vestido, la vivienda y la educación; por lo que el juez de la causa ha de señalar la pensión provisional para la satisfacción de estas necesidades, pensión que ha de ser pagada por uno de los padres, o por ambos, según los casos y las circunstancias o condiciones económicas de ellas.⁵⁰⁶

Llegando a las razones prácticas por las cuales podría ser aplicada en el Ecuador dicha figura, es debido a que “[e]l derecho a la pensión no es de carácter necesario, sino facultativo, y su concesión sólo tiene lugar a instancia del cónyuge que, reuniendo las

⁵⁰⁴ Ley 15/2005 (España). Artículo. 97. *Óp. Cit.*

⁵⁰⁵ J. I. Lovato. *El Divorcio Perfecto*. p. 211. *Óp. Cit.*

⁵⁰⁶ *Id.*, p. 222.

circunstancias que señala el precepto comentado, lo demanda judicialmente.”⁵⁰⁷ Con lo que se puede entender que, esta prestación no operará en todos los casos de divorcio, únicamente en los casos en los que exista el desequilibrio monetario aludido tantas veces, y siempre y cuando el cónyuge débil lo solicite, y como otra sugerencia de implementación en nuestra normativa, sería que el juez no pueda dictaminar de oficio el derecho a la pensión, con excepción a los casos en los que se denote extrema necesidad, incluso por el bienestar de los hijos.

En los capítulos anteriores, se ha hecho referencia a la importancia de que la normativa debe ir de acuerdo a la sociedad a la que se vaya a aplicar, y, sobretodo para solventar las necesidades que surjan en ella, los problemas diarios a los que se enfrenten las personas y a ordenar el sistema, es por ello que creo en la efectividad de la pensión compensatoria, porque la debida protección al cónyuge débil debe llegar independientemente de la existencia de culpabilidad o no, pues la insuficiencia económica se presenta a pesar de este elemento.

El hecho que se dé el daño objetivo, entendido como el desequilibrio económico, sobre el que se ahondó en el Capítulo III, es muchas veces inevitable, pero lo que si está en manos del ordenamiento jurídico, es el poder aminorar el sufrimiento de la familia, y, ¿por qué no buscar las maneras de lograrlo?

Desde el ángulo comunitario, no cabe duda de que no existe interés alguno de la familia y de la sociedad en proteger un vínculo desprovisto de toda sustancia. Se verifica, pues, una suerte de *convergencia* del interés individual y social en facilitar el divorcio sin la imposición de trabas inoperantes y carentes de finalidad.⁵⁰⁸

El contenido tanto de la *propuesta de medidas*, como de la pensión compensatoria, puede ser complejo de acuerdo a la situación de cada hogar, y es necesario prever cómo se manejarán en la vida diaria, los aspectos fundamentales de convivencia. Es por ello que sugiero reconocer la alta importancia de las medidas provisionales, anteriores a las definitivas a ser dictaminadas en sentencia. Puesto que según Lacruz Berdejo,

⁵⁰⁷ J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 105. *Óp. Cit.*

⁵⁰⁸ M. L. Mizrahi. *Familia, matrimonio y divorcio*. p.225. *Óp. Cit.*

[...]Mientras dura el litigio no es posible predecir su resultado con seguridad, y, por tanto, tampoco adoptar, en cuanto a las personas, potestades, bienes, obligaciones y trato familiar de los cónyuges, resoluciones definitivas. El legislador, desde la promulgación del Cc., y aun antes, desde la Ley de matrimonio civil, estableció unas medidas provisionales que sustituyeran, mientras se sustancia el pleito, al estatuto de los tiempos normales.⁵⁰⁹

De cualquier modo, “la sentencia que da lugar a la demanda puede confirmar, en parte, la anterior, situación provisional, pero en todo caso es esta sentencia la que sirve de título desde entonces.”⁵¹⁰ Este mismo autor respecto de este tema, ha expresado que: “[d]ada la discrecionalidad del procedimiento, pienso que el juez puede, y aun debe, atender sólo a las cuestiones más urgentes, dejando el resto para la fase litigiosa.”⁵¹¹ En otras palabras, el poder jurisdiccional debe ponderar los aspectos más esenciales y de inmediata solución en cuanto a la afección de la convivencia de las partes afectadas con el proceso, y posteriormente deberá adentrarse en la regulación de todos los detalles restantes.

4.2. Practicidad de la propuesta de protección al cónyuge débil en el sistema de divorcio ecuatoriano actual

La parte de mayor relevancia para una recomendación, es la aplicabilidad efectiva que podrá tener ésta en la legislación, ecuatoriana en este caso. Después de haber revisado detenidamente tanto nuestro sistema con el español, y de haber encontrado muchas semejanzas entre éstos, a pesar de tener bases distintas (el uno divorcio-remedio y el otro divorcio-sanción respectivamente); considero, que existe una alta probabilidad de que pueda funcionar en nuestra legislación, la debida protección al cónyuge débil.

Si bien a lo largo de la tesina se han recogido aspectos de algunas legislaciones, los cuales han servido para el análisis de los temas, se ha hecho un especial énfasis en la comparación con el ordenamiento jurídico español con el nuestro. Ello se da debido a

⁵⁰⁹ J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 110. *Óp. Cit.*

⁵¹⁰ *Id.*, p. 111.

⁵¹¹ *Id.*, p. 114.

la efectividad que ha tenido en ese país y la que puede tener en el nuestro, para dicha protección.

Se han solucionado problemas sociales que por tantos años se han reprimido y que buscan una salida. Con esta proposición, se busca un mayor acercamiento al divorcio-remedio, un sistema proteccionista de derechos, tanto individuales, como familiares, pues el poder otorgar el derecho de divorciarse de los cónyuges, responde tanto a la necesidad personal de cada uno de los consortes de poder tener una relación afectiva armoniosa y feliz, como la necesidad familiar de cada uno de los que compone el hogar matrimonial, para tener mayor estabilidad y bienestar. Y por encima de ello, es el sistema que recoge todos los aspectos que circuncidan alrededor del divorcio-remedio y por ende de la pensión compensatoria, con mayor profundidad, estructuración y seriedad.

En este punto, considero también importante añadir elementos de una legislación, que ha traído a colación aspectos de una factible aplicación en el Ecuador, como lo es la de Argentina. En ésta, según Lepin Molina, el cónyuge débil económicamente, podría ser acreedor de una pensión, “[...] con independencia de que haya existido o no una calificación de conductas. Se reclamaría la intervención del tribunal para hacer efectiva la regla de la solidaridad, de aplicación insoslayable en las relaciones familiares.”⁵¹²; y si bien, en dicho país se habla de una pensión alimenticia a favor del ex consorte, como fue revisado en el Capítulo III, aquí en el Ecuador, se considera por ejemplo al derecho a la quinta parte de los bienes, como una prestación alimenticia a favor del ex esposo, con lo que se puede apreciar, que la analogía realizada, se puede emplear sin mayor problema.

Por añadidura y con el fin de que exista concordancia entre las disposiciones de nuestra legislación civil, considero pertinente poner el cambio en los artículos del Código Civil, que cuadren con la protección de los derechos del cónyuge débil,

⁵¹²Lepin Molina, Cristián. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Óp. Cit.

eliminando todo rezago de culpabilidad, tanto para que pueda operar el sistema de divorcio-remedio como para el otorgamiento de la pensión compensatoria.

Sugiero se supriman el artículo 110 del Código Civil ecuatoriano, en donde se prescriben las causales, como las palabras *culpabilidad*, *culpable*, *cónyuge agraviado*, entre otras, en las que se denote el acotamiento al anterior sistema utilizado en el país, en donde la limitación de derechos, se debe a la culpabilidad. En ese sentido, propongo que se modifiquen el derecho a la quinta parte de los bienes, revocación de donaciones por su carácter irrevocable, los bienes excluidos de la sociedad conyugal y todas las figuras que sean limitadas por el elemento mencionado.

Finalmente, es necesario revisar lo que el Artículo 97 de la Ley 15/2005 prescribe, y es sobre un tema trascendental, el otorgamiento de la pensión compensatoria a favor del cónyuge débil. Éste se refiere a que: “[e]n la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.”⁵¹³ Por lo que propongo que en el Ecuador, para poder lograr dicha actualización de la pensión, el juez pueda acogerse de igual manera al Índice de Precios al Consumo (IPC), tal como se hace en España y ya fue mencionado en el Capítulo III, pero en este caso será del Instituto Nacional de Estadísticas del Ecuador (INEC), o inclusive del Banco Central del Ecuador.

Por lo que se refiere a la actualización de la pensión, el sistema más apropiado y corriente es el del automatismo que resulta de la aplicación de unos baremos multiplicadores proporcionados oficialmente en relación al aumento del costo de la vida, como el que se refiere al índice general de los precios al consumo, si bien se da al juez una gran amplitud de arbitrio en esta materia.⁵¹⁴

Revisados todos los aspectos rescatables de otras legislaciones, en especial de la española, se puede sacar las conclusiones que esta tesina expone.

⁵¹³ Ley 15/2005 (España). Artículo 97. *Óp. Cit.*

⁵¹⁴ J. L. Lacruz Berdejo *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. p. 107. *Óp. Cit.*

5. CONCLUSIONES

- I) A lo largo de este trabajo, se ha demostrado cómo el elemento de culpabilidad está plenamente arraigado a nuestro sistema de Derecho Civil, especialmente al de Derecho de Familia, desde sus inicios con mayor fuerza, hasta la actualidad con rezagos más delicados, pero a la final vigente y completamente limitante. La protección al cónyuge débil surgió igualmente constreñido al concepto de culpabilidad, independientemente de las condiciones económicas en las que pudiere haber quedado el cónyuge culpable, es decir, que no tenga lo mínimo para su congrua sustentación. Y desde este surgimiento, el amparo normativo, sigue estando únicamente dirigido hacia el cónyuge considerado por nuestro sistema, como agraviado.
- II) Con todas estas aseveraciones, se puede concluir que desde el comienzo, la legislación ha buscado proyectar que como parte de sus intereses, estaría el precautelar por los derechos e intereses de quienes conforman la familia. Sin embargo, detrás de esa idea de debilidad o agravio del cónyuge *inocente*, en realidad se estaba defendiendo a la Iglesia en sí misma. En sus inicios con concepciones un tanto distintas a las que se mantienen en la actualidad; sin embargo, le han dado forma al Derecho, para que rija el sistema como lo hace. Es decir, las concepciones tradicionales o moralistas eran mucho más fuertes, y poco a poco han ido perdiendo vigor, mas no ha sido de manera plena.
- III) Se ha demostrado que la intención de otras legislaciones para la creación de una figura como la de la pensión compensatoria, entre otras, ha sido la de intentar mitigar el alto impacto que se crea tanto frente a los cónyuges, como frente a los hijos productos del matrimonio; además de restituir el sacrificio y dedicación que el cónyuge débil ha realizado a favor de su familia, preocupándose menos por sí mismo.
- IV) Se comprobó que la culpabilidad, como razón de ser de las causales legislativas, ha logrado la dificultad probatoria en juicios, alargando los procesos y en muchos casos dando paso a que no pueda disolverse el vínculo por no haberse probado la causa que lo hubiera querido determinar, ello sin darse cuenta de que

la relación ya estaba desgastada de por sí, peor aún después de atravesar un proceso de divorcio, en donde los cónyuges deben enfrentarse arduamente, dentro del plano emocional. Se puede concluir que a través de las causales, se logra que el proceso de divorcio sea más largo, genere más sufrimiento y que la misma familia sufra los estragos como consecuencia de esto.

- V) Se ha demostrado incluso por vía jurisprudencial, que una de las razones por las cuales existen obstáculos en justificar las causales, es debido a que la interpretación y consecuente diferenciación entre algunas de ellas, es realmente difícil. Ello ocurre por ejemplo en los casos de violencia en cualquiera de sus manifestaciones. Esto solamente comprueba la poca practicidad del sistema de divorcio-sanción, debido a que no se ha mirado el fondo de las causales de divorcio, el cual responde a la falta de *affectio maritalis*, aludida en el sistema español, pues ya no existe armonía conyugal, lo cual afecta directamente a la familia en general. A esta alusión latina, también se la ha entendido como incompatibilidad de caracteres o falta de armonía, la cual puede suceder asimismo, en causales como las de abandono.
- VI) Frente a este tipo de causales, han surgido discusiones, debido a que existe un sector de la doctrina que considera que no necesariamente quien esté incurso en la causa legal, será el *culpable* o *causante* del divorcio, pues bien podrá deberse a que el otro cónyuge lo llevó a ajustarse a las causales o bien, que el otro también ha cometido estos *hechos ilícitos*, pero no se ha podido probar. Con ello se puede comprobar otra de las razones de la falta de practicidad que tiene el elemento de la culpabilidad en los procesos de divorcio.
- VII) Nuestra misma Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la mera presentación de la demanda, es un indicativo de la voluntad de divorciarse y resulta ilógico que una pareja se mantenga vinculada, si así no lo desea. En adición, ha afirmado que la concurrencia de las causales, son una mera muestra

de la falta de cumplimiento de los deberes conyugales, la cual bien puede darse, sin tener que pasar por todo el proceso contencioso de divorcio.⁵¹⁵

- VIII) Se ha podido concluir que el permitir que pueda operar el sistema de divorcio-remedio en este país, ha respondido a temas inclusive de orden constitucional, para respetar los derechos a la libertad, como lo son el derecho a la intimidad personal y familiar y del derecho de libre desarrollo de la personalidad, el cual se funda en la voluntad de los cónyuges a continuar o no casados, argumentando así, la razón por la cual no deberían estar obligados a probar o no una causal en específico para hacerlo.
- IX) Por otro lado, se demostró que cuando un sistema legislativo deja de concentrarse en un aspecto como el de la culpabilidad, puede concentrarse en temas importantes como en proteger la estabilidad económica y emocional de la familia afectada con el divorcio, debido a que al ser más ágil, permite también que el proceso sea más corto y cause menos controversias y estragos. En suma, se logró entender que la busca de culpables, no ayuda a resolver la crisis matrimonial y por el contrario, la acentúa.
- X) Es importante concluir que esta pensión busca conseguir la igualdad de oportunidades entre los cónyuges, basada en el principio de equidad y también busca el bienestar de ambos, lo cual a su vez, colaborará a la estabilidad emocional de la familia en general, que a pesar de estar separada, podrá convivir de una manera más armoniosa de la forma en que se da en los sistemas de divorcio-sanción, como el nuestro.
- XI) Para concluir, después de haber revisado los problemas jurídicos que existen en nuestra legislación, la propuesta de esta tesina se basa en la implementación de un divorcio-remedio, el cual como se ha demostrado, deja de lado el elemento de culpabilidad y se concentra en la protección del cónyuge débil económicamente, específicamente a través de la figura de la pensión compensatoria.

⁵¹⁵Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 279-2001. Gaceta Judicial 10, de 13 de septiembre de 2002. Serie 17. p. 3138.

Bibliografía:

- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General*. Cuarta Edición. Quito: Ediciones Legales S.A.
- Alonso, Honorio y Belarmino. *La ley del divorcio causará graves males en muchos matrimonios*. Madrid: Artes gráficas y ediciones, 1982.
- Andrade Barrera, Fernando; Rigoberto Cordero y León y Digna Maxi Campoverde (comité de investigación). *Diccionario Jurídico Anbar*. Cuenca: Fondo de cultura ecuatoriana. Primera Edición, 1999.
- Astudillo Espinosa, Horacio. *Manual de Derecho Civil: Primer libro del Código Civil del Ecuador*. Quito: D. G. Taller de Diseño Gráfico. Impreso en La Huella, Impresores, 1993.
- Borja, Luis Felipe. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. Tomo III. Libro I. A. y R. Roger y F. Chernoviz (Imp.-Eds.). París, 1907. p.62.
- Cabanellas de Torres, Guillermo y Guillermo Cabanellas de las Cuevas (ed). *Diccionario Jurídico Elemental*. 17^{ma}. ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volumen I: De las Personas*. 2^{da}. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978.
- Comisión Jurídica del Código Civil. Promulgado el 15 de julio de 1970. Disponible en: <http://www.cetid.abogados.ec/archivos/101.pdf>. (acceso: 27/07/2011).
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española 2.0. Disponible en: <http://drae2.es/> (accesos varios)
- Diccionario Jurídico. Disponible en: <http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>. (acceso: 04/09/2012).
- Díez-Picazo, Luis y Antonio Guillón. *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. Volumen IV. España: Editorial Tecnos. Décima Edición, 2006.
- Díez-Fuentes, José Manuel. *República primer franquismo: la mujer española entre el esplendor y la miseria, 1930-1950*. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/5845/1/ALT_03_03.pdf (acceso: 01/03/2012).
- Estribano Tortajada, Patricia. “La compensación del trabajo doméstico del art. 1.438 del Código Civil: remisión a la normativa catalana y valenciana”. *Actualidad Civil*, N°

19 (Quincena del 1 al 15 de Noviembre de 2008), Tomo II. Editorial LA LEY. Universidad Jaume I de Castellón.

Fernández de Córdova Álvarez, Pedro. *Estudios de Derecho Comparado*. 2^{da}. ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

García Cantero, Gabriel. “El derecho de familia en Europa. Panorámica, entre dos siglos”. *Actualidad Civil*, N. °22. Quincena del 16 al 31 de Dic. Tomo 2, Editorial La Ley, 2008.

García Falconí, José. *El juicio de divorcio en el Ecuador*. Revista Judicial Derecho Ecuador - Diario La Hora. Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=6095&Itemid=134 (acceso: 22/05/2011).

Lacruz Berdejo José Luis *et al. Elementos de Derecho Civil IV Familia*. Tercera Edición. Joaquín Rams Albasa (rev.). Madrid: Dykinson, 2008.

Larrea Holguín, Juan. *Derecho Civil del Ecuador. Tomo II: Derecho Matrimonial*. Reimpresión de la Cuarta Edición incorporada anexos. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.

Larrea Holguín, Juan. *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana de Derecho Civil. Tomo III*. Ecuador, 2005.

Larrea Holguín, Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998.

Larrea Holguín, Juan. *Últimas reformas al Código Civil: Comentarios a la Ley 88*. Revista jurídica de la facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Disponible en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1991/03/03_Ultimas_Reformas_Codigo_Civil.pdf. (acceso: 22/03/2011).

Lasarte, Carlos. *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil*. Tomo Sexto. 8^{va}. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2009.

Lepin Molina, Cristián. *La compensación económica en el Derecho Comparado*. Gaceta número 344. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/68301681/CRISTIAN-LEPIN-MOLINA-Compensacion-economica-en-Chile>. (acceso: 06/07/2012).

Lovato, Juan Isaac. *El Divorcio Perfecto*. Quito: Editorial Universitaria, 1957.

- Mazzingui, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia: Separación Personal y Divorcio*. Tomo III. Universidad Austral. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1999.
- Mizrahi, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.
- Montenegro, María Fernanda. *El divorcio por causal única: Del divorcio “sanción” al divorcio “remedio”*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2004.
- Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen I. Quito: Editorial de la Universidad Particular de Loja, 2005.
- Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Volumen II. Quito: Editorial de la Universidad Particular de Loja, Sexta edición, primera reimpresión, 2005.
- Pérez Granja, Rosa Mercedes. Las causas de divorcio y la institución familiar. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Julio de 1988.
- Pío XI. *Carta Encíclica Casti Connubii del Papa Pio XI sobre el Matrimonio Cristiano*. Disponible en: http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_31121930_casti-connubii_sp.html. (acceso: 30/08/2011).
- Plaza de García, Norma. *La Patria Potestad y su Evolución en el Sistema Civil Ecuatoriano*. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=303&Itemid=63. (acceso: 20/11/2012)
- Puig Peña, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*. Tomo II: Derecho de Familia. Volumen I: Teoría General del Matrimonio. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953.
- Rives Gilabert, José María y Antonio Pablo Rives Seva. *Evolución histórica del sistema matrimonial español*. Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales: Derecho Civil. Pamplona, 2001. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200111-38551824910132961.html>. (acceso: 18/08/2011).
- Roca, Encarna. “Globalización y Derecho de Familia. Los trazos comunes del Derecho de Familia en Europa”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ª época. Núm. 4, 2001.
- Rodríguez, María José y Jaime Martín Moreno. *La medida de nupcialidad y divorcio en España*. Disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/2335/1/M%C2%AA_Jose%CC%81_RJ_y_

Jaime_MM. *La medida de la nupcialdiad y del divorcio%5B1%5D.pdf*
(acceso: 21/02/2012).

Sala. *Instituciones del Derecho Civil Español*. 2do Tomo. Guayaquil, 1854.

Sánchez Hernández, Ángel. “La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la Ley 15/2005, de 8 de julio” *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Núm. 23, 2005.

Simon, Farith. *Apuntes de clase de Derecho de Familia*. Primer Semestre año lectivo 2009-2010.

Soto Marco, Adela. *La mujer bajo el franquismo*. Proyecto dirigido por: Rosa Monlleó París. Disponible en:
<http://mayores.uji.es/proyectos/proyectos/lamujerbajofranquismo.pdf>. (acceso: 22/02/2012)

Tobar Donoso, Julio. *Estudios religiosos*. Quito: Editorial Ecuatoriana, 1944.

Wray, Alberto et al. *El menor ante la ley*, Serie “Estudios Jurídicos”, Volumen 6, Quito: Corporación Editora Nacional, 1991.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis. *La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución*. Disponible en:
http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf. Sevilla, 2005. (acceso: 23/10/2011).

Plexo normativo:

Alfonso X: El Sabio. *Las siete partidas*. <http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>. (acceso: 13/10/2011)

Código Civil del Ecuador 1860. Publicado el 3 de diciembre de 1860. Registro Auténtico #1860. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 352 de 20 de Junio de 1930.

Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

Código Civil (España). De 24 de julio de 1889. Aprobado por Real Decreto (RD). Disponible en: <http://www.ucm.es/info/civil/jgstorck/leyes/ccivil.htm>. (acceso: 03/09/2012).

Código de la Niñez y Adolescencia. Ley 100. Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003. Última modificación 28 de julio de 2009.

Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Codificación 11, Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de julio de 2005. Última modificación 24 de noviembre de 2011.

Código de Procedimiento Penal del Ecuador. Ley No. 134. Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.

Código Penal del Ecuador. Registro Auténtico No. 1871 de 3 de noviembre de 1871.

Código Penal del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 147 de 22 de enero de 1971.

Constitución de la República del Ecuador. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008.

Ley Notarial del Ecuador. Decreto Supremo 1404. Registro Oficial No. 158 de 11 de noviembre de 1966. Última modificación 13 de julio de 2011.

Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 317 de 4 de octubre de 1902.

Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 929 del 5 de noviembre de 1904.

Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 1359 de 4 de octubre de 1910.

Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 56 de 4 de diciembre de 1935.

Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 475 de abril de 1937.

Ley de Matrimonio Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 40 de 19 de octubre de 1940.

Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (España). De 7 de enero de 2000. Boletín Oficial del Estado núm. 7.

Ley 30/1981 (España), por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y matrimonio. Texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en la sesión celebrada el día 22 de junio de 1981.

Ley 15/2005 (España), por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. De 8 de julio de 2005. Boletín Oficial del Estado núm. 163.

Reformas al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 69 de 31 de agosto de 1981.

Jurisprudencia:

Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia Núm. 64/2000. Ponente: Vicente Magro Servet. Recurso 17/2000 de 8 de mayo de 2000.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta. Ponente: Ilustrísima María Pilar Muriel Fernández-Pacheco. Sentencia N°690/2000. Recurso de apelación 217/2000 de 12 de diciembre de 2000.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décimo Segunda. Ponente: Ilustrísimo Pascual Ortuño Muñoz. Sentencia N°175/1998. Rollo de apelación 1996-A/2016 de 12 de enero de 1998.

Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Tercera. Ponente: Manuel Rivera Fernández. Recurso 351/1998 de 13 de julio de 1999.

Audiencia Provincial de Castellón. Sección Segunda. Sentencia N° 264/2002. Recurso 121/2002 de 9 de septiembre de 2002. Madrid.

Audiencia de Provincial de Córdoba, Sección Tercera. Ponente: Francisco de Paula Sánchez Zamorano. Sentencia N°142/2006. Recurso160/2006 de 16 de junio de 2006.

Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera. Ponente: Pedro José Vela Torres. Sentencia N°68/2006. Recurso79/2006 de 27 de marzo de 2006.

Audiencia Provincial de Coruña. Sección Cuarta. Sentencia N° 413/2006. Recurso 50/2006 de 16 de octubre de 2006.

Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección Cuarta. Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández. Sentencia N° 6/2008. Recurso343/2007 de 8 de enero de 200.

Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Tercera. Ponente: Francisco José Javier Morales Mirat. Sentencia N°135/2008. Recurso555/2007 de 3 de marzo de 2008.

Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima Segunda. Ponente: Eladio Galán Cáceres. Recurso 215/2004 de 4 de junio de 2004.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima. Ponente: Ilustradísimo Carlos Esparza Olcina. Sentencia N° 283/2010. Recurso 1215/2009 de 5 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Cuarta Sala de Casación. Gaceta Judicial 10, de 30 septiembre de 1985. Serie XIV, p. 2298.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial 11, de 9 de marzo de 1965. Serie X, p. 3495.

Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial 13, de 15 de agosto de 1951. Serie XIII, p. 1493.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 192. Registro Oficial 108 de 28 de junio del 2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 1, de 27 de Octubre de 1977. Serie XIII. Nro. 1. p. 87.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 9, de 2 de diciembre de 1912. Serie III. Nro. 49. p. 1627.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 8, de 25 de Noviembre de 1969. Serie XI. No. 8. p. 1071.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación, Gaceta Judicial 8, de 15 de Abril de 1985. Serie XIV. p, 1786.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Gaceta Judicial 13, de 5 de Septiembre de 1951. Serie VII. No. XIII.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 130. Registro Oficial 483 de 16 de diciembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Casación. Gaceta Judicial 11, de 23 de enero de 1983. Serie XIV. p. 2466.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Casación, Gaceta Judicial 5, de 21 de Junio de 2007. Serie XVIII. p. 1805.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de Casación. Expediente 101, Registro Oficial 429, 27 de Septiembre del 2004.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 205-2002. Gaceta Judicial 12, de 29 de abril de 2003. Serie XVII.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente 245. Causa No. 245-2008. Registro Oficial Suplemento 67 de 1 de septiembre de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 279-2001. Gaceta Judicial 10, de 13 de Septiembre de 2002. Serie 17. p. 3138.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 186. Registro Oficial 25 de 25 de mayo de 2005.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Civil y Penal. Ponente: Ilustrísimo. Guillermo Vidal Andreu. Sentencia N° 8/2000. Recurso 4125/2000 de 27 de abril de 2000. Recurso de casación N° 1/2000.

Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Jesús Corbal Fernández. Sentencia N°43/2005. Recurso1133/2005 de 10 de febrero de 2005. Recurso de casación N° 1876/2002 interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Tercera, de fecha 25 de abril de 2002.

Tribunal Supremo(España), Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Jesús Marina Martínez-Pardo. Sentencia N° 1199/1994. Recurso 2987/1991 de 31 de diciembre de 1994. Recurso de casación N° 10330/1994.

Tribunal Supremo(España), Primera Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Juan Antonio Xiol Ríos. Sentencia N° 624/2011. Recurso 1755/2008 de 5 de septiembre de 2011. Recurso de casación interpuesto contra la Sentencia N° 148/07 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Segunda, de fecha 14 de mayo de 2008.

Tribunal Supremo(España). Primera Sala de lo Civil. Sentencia N° 625/2011. Recurso 1491/2008 de 21 de septiembre de 2011. Madrid.

Tribunal Supremo(España), Sala de lo Civil. Ponente: Excelentísimo Xavier O' Callaghan Muñoz. Sentencia N° 325/1997. Recurso 3251/1997 de 22 de abril de 1997. Recurso de casación N° 1822/1993.

Anexos:

ANEXO 1:

Artículo 709. Condena de hacer personalísimo.

1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.

2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.

3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el tribunal.

4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél.